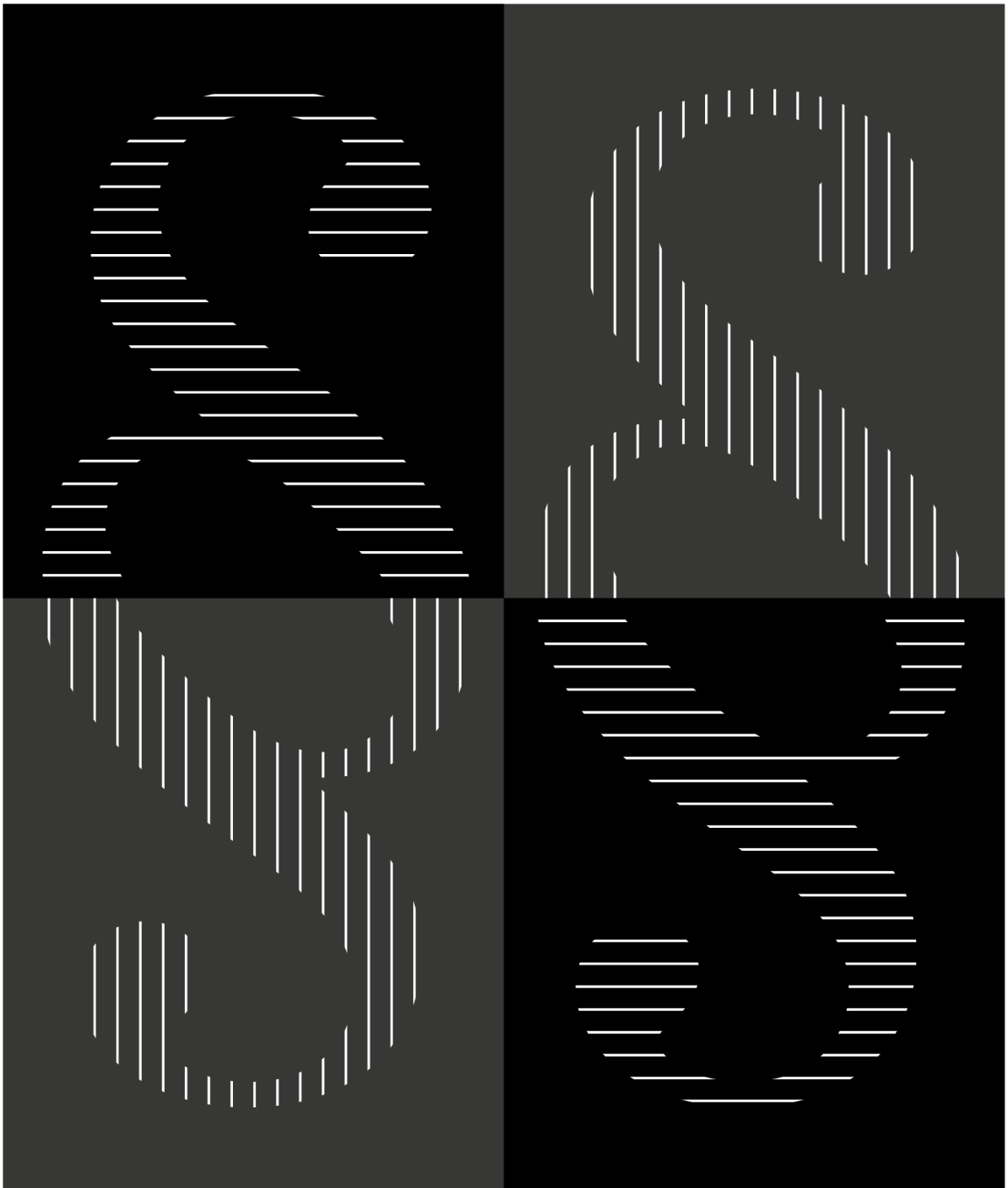


# Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 4/2018 (44)

ISSN 1689-9601

| [www.ipp.tbbsp.pl](http://www.ipp.tbbsp.pl)



## **Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2018/4**

### **Autorzy**

Agnieszka Anusz, mgr Łukasz Folak, mgr Mateusz Godula,  
mgr Maciej Hadel, mgr Iwo Jarosz, mgr Łukasz Kantor, mgr Paweł Kołek,  
mgr Tomasz Korandy, mgr Aleksandra Kossowska, Maciej Kujawa,  
mgr Dominika Sokołowska, Karolina Wiśniowska, Bartłomiej Zydel

### **Skład i korekta językowa**

Wydawnictwo Kasper  
[www.wydawnictwokasper.pl](http://www.wydawnictwokasper.pl)

### **Kolegium Redakcyjne**

Marcin Biskupski (redaktor naczelny), mgr Tomasz Guzik,  
Magdalena Michalska, mgr Aleksandra Nieprzecka, mgr Szymon Osmola,  
Michał Passon, mgr Kacper Rożek, Joanna Szumańska, Patryk Walczak

### **Adres redakcji**

ul. Straszewskiego 25/9, 31–113 Kraków  
[internetowypp@gmail.com](mailto:internetowypp@gmail.com), <http://www.tbbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

### **Wydawca**

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego  
ISSN 1689–9601

## Spis treści

Łukasz Kantor	
<b>Metody wykładni oświadczenia wekslowego .....</b>	<b>5</b>
Agnieszka Anusz	
<b>Pojęcie i zastosowanie algorytmów w polityce cenowej przedsiębiorstw a prawo konkurencji .....</b>	<b>13</b>
Bartłomiej Zydel	
<b>Korporatyzacja gospodarki komunalnej – asumpt do dyskusji.....</b>	<b>23</b>
Iwo Jarosz, Aleksandra Kossowska	
<b>Wypowiedzenie umowy najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego .....</b>	<b>33</b>
Karolina Wiśniowska	
<b>Wolność metafizyczna jako warunek odpowiedzialności? Znaczenie wolności metafizycznej dla teorii prawa w kontekście różnych podejść filozoficznych .....</b>	<b>49</b>
Tomasz Korandy	
<b>Prawne ograniczenia wykładni znamienia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia”. Uwagi na gruncie art. 178 k.k. ....</b>	<b>62</b>
Maciej Kujawa	
<b>Całkowity zakaz reklamy usług leczniczych i punktów farmaceutycznych w świetle prawa Unii Europejskiej. Perspektywa polska .....</b>	<b>76</b>

Paweł Kołek

**Skutki podatkowe zawarcia umowy konsorcjum ..... 87**

Dominika Sokołowska

**Idea sprawiedliwości naprawczej w konkurencji do państwowego  
prawa karania – kilka słów o paradygmatach prawa karnego ..... 101**

Mateusz Godula

**Wybrane aspekty umów o kredyt denominowany lub indeksowany  
do waluty innej niż waluta polska w świetle wyroków Trybunału  
Sprawiedliwości UE oraz orzecznictwa sądów polskich ..... 118**

Maciej Hadel

**Powrót asesury sądowej – rozważania w kontekście  
aksjologicznych uwarunkowań prawa do sądu  
i wykładni norm konstytucyjnych ..... 135**

**mgr Łukasz Kantor<sup>1</sup>**

## **Metody wykładni oświadczenia wekslowego**

### **Streszczenie:**

Celem niniejszego artykułu jest omówienie problematyki związanej z wykładnią oświadczenia woli zawartego w treści weksla. Niniejsze zagadnienie ma dużą doniosłość praktyczną, gdyż stabilność prawa wekslowego oraz uproszczone zasady egzekucji z weksla powodują, iż weksle przeżywają swój renesans, pełniąc wiele funkcji we współczesnym obrocie gospodarczym. W artykule omówiono materialny oraz formalny rygorizm prawa wekslowego. Przedstawiono wszystkie obligatoryjne elementy pozwalające uznać dany dokument za weksel. Następnie dokonano krótkiej charakterystyki każdego z przedmiotowych elementów. W dalszej części przeprowadzono analizę trzech rozróżnianych przez doktrynę prawa metod interpretacyjnych. Wskazano obiektywną metodę wykładni oświadczenia wekslowego jako zgodnie akceptowaną przez orzecznictwo oraz doktrynę prawa wraz z przedstawieniem argumentacji w tym zakresie. W uwagach końcowych przedstawiono własne stanowisko autora w przedmiocie dopuszczalności wykładni oświadczenia woli zawartego w treści weksla.

**Słowa kluczowe:** weksel, oświadczenie wekslowe, metody wykładni, rygorizm wekslowy

### **1. Wprowadzenie**

Historia weksla sięga czasów średniowiecza, a jego geneza związana jest bezpośrednio z rozwojem handlu i usług bankowych w Europie. Intensywny rozwój stosunków gospodarczych pomiędzy średniowiecznymi państwami europejskimi, charakteryzującymi się dużym zróżnicowaniem systemów pieniężnych, spowodował konieczność powstania instytucji zastępującej środek płatniczy, jakim stał się właśnie weksel.

---

<sup>1</sup> Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Upowszechnienie się obrotu wekslowego spowodowało kodyfikację zwyczajowych zasad regulujących obrót wekslowy, doprowadzając do wykształcenia się trzech systemów prawa wekslowego: systemu francuskiego, niemieckiego oraz anglosaskiego<sup>2</sup>. Istnienie kilku systemów prawa wekslowego w znaczący sposób hamowało oraz utrudniało międzynarodowy charakter transakcji wekslowych, co z czasem doprowadziło do unifikacji prawa wekslowego w skali ogólnoświatowej. Obecnie na świecie funkcjonują dwa systemy prawa wekslowego. Pierwszy, oparty na Konwencji Genewskiej, funkcjonujący w całej Europie z wyjątkiem Wielkiej Brytanii, Irlandii i Malty oraz drugi (anglo-amerykański), stosowany w USA, Irlandii, Wielkiej Brytanii, Australii, Nowej Zelandii, Malcie, Indiach, Izraelu i Pakistanie<sup>3</sup>. Ujednolicenie prawa wekslowego w skali ogólnoświatowej, uproszczone zasady egzekucji gwarantujące szybkość i skuteczność dochodzenia należności, abstrakcyjność, solidarność dłużników oraz prestiż prawa wekslowego, który wynika z jego stabilności, spowodowały, iż weksle przeżywają swój renesans, pełniąc wiele funkcji we współczesnym obrocie gospodarczym. Służą już nie tylko jako środek płatniczy, ale pełnią także funkcję kredytową oraz stały się głównym narzędziem zabezpieczenia roszczenia.

## 2. Rygoryzm wekslowy

Weksel jako papier wartościowy jest przedmiotem regulacji bardzo sformalizowanych, czego przejawem jest jego materialny oraz formalny rygoryzm. Materialny rygoryzm prawa wekslowego charakteryzuje się tym, iż o istnieniu lub braku istnienia zobowiązania wekslowego oraz o jego treści decyduje w zasadzie tylko treść weksla. Natomiast formalny rygoryzm prawa wekslowego polega na uproszczonym dochodzeniu roszczeń w postępowaniu nakazowym. Egzekucja roszczeń jest ułatwiona, gdyż wydany nakaz zapłaty staje się natychmiast wykonalny<sup>4</sup>. Sytuacja ta implikuje szybsze oraz skuteczniejsze dochodzenie roszczeń z weksla w porównaniu z roszczeniami dochodzonymi na innej podstawie. Rygoryzm formalny przejawia się też w wymaganiach dotyczących formy oświadczenia, które prowadzą do powstania zobowiązania wekslowego. W związku z powyższym tylko dokument, który zawiera wszystkie określone przez ustawę elementy, będzie można uznać za weksel. Brak któregośkolwiek obligatoryjnego ustawowego elementu lub zamieszczenie dodatkowego, niezgodnego z ustawą sformułowania spowoduje nieważność weksla<sup>5</sup>.

Obligatoryjne elementy pozwalające uznać dany dokument za weksel zostały określone w art. 1 oraz 101 ustawy prawo wekslowe<sup>6</sup>. Zgodnie z zapisami ustawy weksel po pierwsze musi zawierać nazwę „weksel” w samym tekście dokumentu, w języku w jakim go wystawiono. Nazwa „weksel” musi obligatoryjnie znaleźć się w tekście przyrzeczenia zapłaty lub polecenia zapłaty. Wymóg nie będzie spełniony jeśli słowo „weksel”

<sup>2</sup> P. Machnikowski, *Prawo wekslowe*, Warszawa 2009, s. 14–16.

<sup>3</sup> L. Bagińska, *Prawo wekslowe i czekowe*, Warszawa 2013, s. 7–8.

<sup>4</sup> P. Machnikowski, *op.cit.*, s. 41.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 53.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 160).

znajdzie się tylko w nagłówku jako tytuł dokumentu<sup>7</sup>. Związane jest to z ograniczeniem możliwości fałszowania dokumentów przez dopisywanie na nich słowa „weksel”. Dłużnik mógłby zobowiązywać się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na zasadach ogólnych w zwykłym dokumencie, po czym po dopisaniu słowa „weksel” podlegałby specjalnemu reżimowi prawnemu opartemu na surowych zasadach. Użycie innego wyrażenia, np. „bankiet wekslowy” lub „dokument wekslowy” powoduje, iż przedmiotowy wymóg również nie zostaje spełniony. Druga część przepisu stanowi o tym, iż słowo „weksel” musi zostać napisane w języku, w jakim wystawiono weksel. W związku z powyższym powstaje pytanie w jakim języku musi zostać napisane słowo „weksel”, jeśli tekst weksla wyrażony jest w różnych językach, co jest prawnie dopuszczalne. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, w takiej sytuacji słowo „weksel” powinno być napisane w takim samym języku, jak zwrot polecenia zapłaty lub przyrzeczenia zapłaty<sup>8</sup>.

Drugim obligatoryjnym elementem jest określenie bezwarunkowego przyrzeczenia zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej. Przyrzeczenie może być wyrażone dowolnymi słowami. Najczęściej stosuje się zwrot „zapłać”<sup>9</sup>. Natomiast zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego użycie słowa „gwarantuję” nie spełnia powyższego ustawowego warunku<sup>10</sup>. Przyrzeczenie zapłaty musi być także bezwarunkowe. Oznacza to, iż wystawca weksla w żadnym przypadku nie może uzależnić powstania zobowiązania od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Niedopuszczalne jest także uzależnienie skutków złożonego oświadczenia od zdarzenia, które już miało miejsce np. „zapłać jeśli dostarczony towar jest zgodny z umową”. Przedmiotem przyrzeczenia zapłaty zawsze musi być suma pieniężna oznaczona zarówno co do wysokości, jak i waluty. Wysokość sumy pieniężnej musi być określona wprost, poprzez wskazanie określonej liczby jednostek pieniężnych. Niedopuszczalne jest natomiast określenie sumy pieniężnej poprzez wskazanie podstawy do obliczenia sumy wekslowej czy zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej. Suma pieniężna musi być jedna i płaćna tylko jednorazowo. Zastosowanie w wekslu płatności na raty spowoduje, iż wymóg nie będzie spełniony. W praktyce sumę wekslową najczęściej pisze się dwa razy. Pierwszy raz słownie w tekście przyrzeczenia oraz drugi raz cyframi w prawym górnym rogu. W przypadku rozbieżności w kwotach zapisanych słownie a cyframi, decydująca jest kwota zapisana słownie. Wynika to z faktu, iż prawdopodobieństwo omyłki w zapisie cyframi jest dużo większe niż w przypadku zapisu słownego. W przypadku umieszczenia w wekslu dwóch różnych sum wekslowych zapisanych słownie lub cyfrowo, wiążąca jest suma, która jest sumą niższą. Brak wskazania waluty, wskazanie kilku walut lub wskazanie waluty, która w chwili wystawienia weksla wyszła już z obiegu powoduje jego nieważność<sup>11</sup>. W związku z powyższym bezwarunkowe przyrzeczenie zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej czyni zobowiązanie wekslowe nieodwołalnym, gwarantując wyeliminowanie niepewności dla posiadacza weksla.

<sup>7</sup> I. Heropolitańska, *Weksel w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2015, s. 31.

<sup>8</sup> P. Machnikowski, *op.cit.*, s. 55.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Wyrok SN z dnia 8 czerwca 2004 r., I CK5/04.

<sup>11</sup> I. Heropolitańska, *op.cit.*, s. 32.

Kolejnym elementem obligatoryjnym jest oznaczenie terminu płatności. Ustawa dopuszcza cztery następujące sposoby oznaczenia terminu płatności: za okazaniem, w pewien czas po okazaniu, w pewien czas po dacie, w oznaczonym dniu. Weksel za okazaniem płatny jest przy przedstawieniu weksla jego wystawcy. Jeżeli weksel nie określa okresu, w jakim ma być przedstawiony, należy zastosować domniemanie, że w okresie nie dłuższym niż rok od dnia jego wystawienia. Wystawca weksla jest jednak uprawniony do wydłużenia lub skrócenia przedmiotowego terminu poprzez złożenie zastrzeżenia na wekslu, że nie może on być przedstawiony do zapłaty przed oznaczonym dniem. Użycie w treści weksla słów „za okazaniem” lub „a vista” wskazuje jednoznacznie na fakt, iż jest to weksel płatny za okazaniem. Weksel płatny w pewien czas po okazaniu jest płatny w wyznaczonym okresie po okazaniu, przez co należy rozumieć przyjęcie lub protest z powodu odmowy przyjęcia weksla. Natomiast w przypadku weksla płatnego w pewien czas po dacie istotne jest jedynie określenie terminu, bez konieczności wskazywania początku jego biegu, gdyż początek ten stanowi data wystawienia weksla, która zawsze jest w nim podana<sup>12</sup>. W praktyce najczęściej oznaczenie terminu płatności następuje przez określenie w oznaczonym dniu. Następuje to przez wskazanie pełnej daty kalendarzowej, tj. dnia, miesiąca oraz roku. W przypadku określenia terminu płatności jedynie poprzez wskazanie dnia i miesiąca, bez określenia roku, przyjmuje się że weksel jest płatny w najbliższej dacie po jego wystawieniu. Problemатyczne jest natomiast użycie w wekslu stwierdzenia „do dnia” jako sformułowania wyznaczającego szereg kolejnych terminów. Zgodnie jednak z przeważającą większością doktryny stwierdzenie „weksel płatny do oznaczonego dnia” jest tożsame z sformułowaniem „weksel płatny w oznaczonym dniu”, gdyż dopiero w tym konkretnym dniu powstaje zobowiązanie do zapłaty<sup>13</sup>. Weksle z kilkoma odmiennymi następującym po sobie terminami płatności lub z terminami płatności innymi niż te określone przez ustawę są nieważne. Nie powoduje jednak nieważności weksla brak określenia w nim terminu płatności, gdyż zgodnie z domniemaniami taki weksel jest płatny za okazaniem.

Weksel musi zawierać również oznaczenie miejsca płatności. Przez miejsce płatności rozumie się oznaczenie miejscowości, a nie konkretnego adresu w tej miejscowości, jednakże miejscowość ta musi faktycznie istnieć<sup>14</sup>. Oznaczenie więcej niż jednego miejsca płatności powoduje nieważność weksla. W przypadku braku oznaczenia miejsca płatności stosuje się domniemanie, iż weksel jest płatny w miejscu jego wystawienia, a przy braku tego miejsca – w miejscu wymienionym obok nazwiska wystawcy. Dopiero brak tych trzech elementów implikuje nieważność weksla<sup>15</sup>.

Kolejnym obligatoryjnym elementem jest oznaczenie nazwiska osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana. W wekslu własnym remitentem zawsze musi być osoba istniejąca, gdyż brak takiej osoby uniemożliwiłby powstanie

<sup>12</sup> P. Machnikowski, *op.cit.*, s. 59.

<sup>13</sup> I. Rosenbluth, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz. Orzecznictwo*, Kraków 1936, s. 404.

<sup>14</sup> P. Machnikowski, *op.cit.*, s. 59.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 60.



zobowiązania<sup>16</sup>. W wekslu własnym, odmiennie niż w wekslu trasowanym, niedopuszczalne jest, aby ta sama osoba była wystawcą weksla i remitentem. Oznaczenie remitenta, który jest osobą fizyczną, musi nastąpić przez wskazanie jego nazwiska. W przypadku remitenta będącego osobą prawną należy wskazać firmę lub nazwę.

Weksel musi zawierać również **oznaczenie daty i miejsca wystawienia weksla**. Przez oznaczenie daty rozumie się wskazanie dnia, miesiąca i roku wystawienia weksla. Data wystawienia weksla nie musi być prawdziwa, musi być jednak możliwa i wcześniejsza od daty płatności<sup>17</sup>. Przez oznaczenie miejsca wystawienia weksla należy rozumieć wskazanie istniejącej faktycznie, geograficznej miejscowości, która jednak nie musi być zgodna z rzeczywistym miejscem wystawienia weksla. W przypadku braku miejsca wystawienia weksla stosuje się domniemanie, iż został on wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska wystawcy. Dopiero brak takiego miejsca powoduje nieważność weksla. Zazwyczaj miejsce wystawienia weksla znajduje się w lewym górnym rogu weksla i to od niego właśnie rozpoczyna się tekst weksla.

Ostatnim, najważniejszym, obligatoryjnym elementem, jest podpis wystawcy weksla. Weksel może zostać wystawiony przez osobę fizyczną lub prawną. Złożony podpis musi być własnoręczny. Skan, wydruk podpisu lub inne jego mechaniczne odtworzenie powodują nieważność weksla. Niedopuszczalne jest także wystawienie weksla elektronicznego opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym. Złożony podpis musi obejmować co najmniej nazwisko. Dopuszczalny jest podpis nieczytelny, musi być on jednak złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę<sup>18</sup>. W takim przypadku wątpliwość w przedmiocie osoby wystawcy weksla może zostać usunięta innymi środkami dowodowymi. W przypadku osób niemogących pisać z powodu choroby czy ułomności fizycznej podpis na wekslu składa inna osoba, której podpis zostaje potwierdzony przez notariusza lub organ gminy ze wskazaniem, iż został złożony na prośbę osoby niemogącej pisać. Podpis musi zostać złożony poniżej polecenia lub przyrzeczenia zapłaty i obejmować całą treść weksla. Sfałszowanie podpisu na wekslu powoduje, iż osoba której podpis sfałszowano, nie jest nim związana. Osoba, której podpis sfałszowano, nie może także uznać przedmiotowego podpisu za swój. Złożenie fałszywego podpisu nie wyłącza jednak odpowiedzialności innych osób podpisanych na wekslu, zgodnie z obowiązującą w prawie wekslowym zasadą samodzielności podpisów.

Brak któregośkolwiek z powyższych elementów powoduje, iż dany dokument nie może zostać uznany za weksel<sup>19</sup>. Ustawa nie określa jednak w jakim miejscu na wekslu powyższe obligatoryjne elementy powinny się znaleźć. Praktyka wypracowała jednak pewne wzorce formułowania weksli w związku z faktem funkcjonowania w obrocie urzędowych blankietów wekslowych. Blankiety te ułatwiały uiszczanie opłaty skarbowej obowiązującej w Polsce do 2006 roku, gdyż zakup blankietu za odpowiednią kwotę był równoznaczny z uiszczeniem opłaty skarbowej. Aktualnie, w związku

<sup>16</sup> I. Heropolitańska, *op.cit.*, s. 61.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 62.

<sup>18</sup> Uchwała SN z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93.

<sup>19</sup> I. Heropolitańska, *op.cit.*, s. 27.

z brakiem opłaty skarbowej, wekslowe blankiety urzędowe przestały być emitowane i wyszły z obiegu. W tym miejscu należy zaznaczyć, że posługiwanie się blankietem wekslowym nie jest i nigdy nie było konieczne, a ich stosowanie związane było jedynie z przyjętą praktyką.

### 3. Wykładnia oświadczenia woli zawartego w treści weksla

Specyfika prawa wekslowego oraz jego materialny i formalny rygoryzm nasuwa wątpliwość, czy dopuszczalna jest wykładnia oświadczenia woli zawartego w treści weksla, a jeśli tak, to przy zastosowaniu jakiej metody należy jej dokonać. Na wstępie należy podkreślić, iż w doktrynie prawa rozróżnia się trzy metody interpretacyjne: metodę subiektywną, metodę obiektywną oraz metodę kombinowaną.

Metoda subiektywna charakteryzuje się poszukiwaniem sensu złożonego oświadczenia w rzeczywistej, subiektywnej woli podmiotu, który go złożył<sup>20</sup>. Wola podmiotu stanowi podstawę powstania zobowiązania. W związku z powyższym, przy zastosowaniu tej metody interpretacji oświadczenia woli należy dokonywać nie tyle na podstawie treści oświadczenia, co na podstawie rzeczywistej woli podmiotu.

Metoda obiektywna kładzie natomiast nacisk na treść oświadczenia. Uznaje za podstawę interpretacyjną oświadczenia woli znaczenie użytych słów lub zachowań osoby składającej je<sup>21</sup>. W związku z powyższym metoda ta, mając na celu ochronę pewności obrotu, nakazuje dokonywać wykładni na podstawie treści oświadczenia woli. Rzeczywista wola podmiotu ma natomiast tylko znaczenie subsydiarne.

Metoda kombinowana (subiektywno-obiektywna) stanowi syntezę metody subiektywnej i obiektywnej. Metoda ta nakazuje więc przy wykładni oświadczenia woli brać pod uwagę zarówno rzeczywistą wolę podmiotu, jak i treść złożonego oświadczenia. Przedmiotowa metoda w polskim prawie stanowi zasadę wykładni oświadczeń woli doznającą niekiedy wyjątków. Została ona wyrażona w art. 65 k.c., zgodnie z którym „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”<sup>22</sup>. W związku z powyższym, wykładni niejasnego postanowienia umowy nie można oprzeć wyłącznie na analizie językowej, lecz obligatoryjnie należy zbadać zamiar i cel stron, a także kontekst faktyczny, w jakim umowę uzgadniano i zawierano<sup>23</sup>.

Sforymalizowany charakter zobowiązania wekslowego oraz obligatoryjny obowiązek wyczerpującego wyrażenia jego treści w dokumencie wekslowym w zasadniczy sposób ogranicza możliwość jego wykładni, jednak jej nie wyłącza<sup>24</sup>. Zgodnie bowiem

<sup>20</sup> Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław 1992, s. 42–49.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 380).

<sup>23</sup> Wyrok SN z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38.

<sup>24</sup> Wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2005 r.

z wyrokiem Sądu Najwyższego, ograniczenie wykładni oświadczenia wekslowego polega na wyłączeniu możliwości rzeczywistej wykładni woli stron kreujących zobowiązanie wekslowe na podstawie art. 65 § 2 k.c.<sup>25</sup> Przedmiotowe stanowisko zostało przyjęte również przez doktrynę prawa. W związku z powyższym odrzucenie możliwości wykładni oświadczenia wekslowego na gruncie art. 65 § 2 k.c. w sposób kategoryczny wyłącza możliwość stosowania metody kombinowanej przy wykładni oświadczenia wekslowego. Niedopuszczalne jest także stosowanie metody subiektywnej. Związane jest to z faktem, iż osoba trzecia, która nabyła weksel, stając się kolejnym wierzycielem wekslowym, wie o wekslu tylko tyle, ile może wynioskować z jego treści. W związku z powyższym prawnie dopuszczalna jest jedynie obiektywna metoda wykładni tekstu weksla oraz oświadczenia woli wyrażonego w wekslu<sup>26</sup>. Przedmiotowe stanowisko zostało potwierdzone orzeczeniem Sądu Najwyższego, zgodnie z którym „dla ustalenia treści zobowiązania wekslowego miarodajna jest zatem nie tyle wola stron, lecz tekst weksla”<sup>27</sup>. Oznacza to, iż sens zawartego w wekslu oświadczenia woli interpretuje się wyłącznie na podstawie treści samego weksla, a nie rzeczywistej woli stron wyrażonej poza wekslem<sup>28</sup>. Stanowisko to jest bardzo logiczne, gdyż weksel jako dokument przeznaczony do obiegu często w drodze indosu zmienia wierzyciela, który nie zna rzeczywistej woli pierwotnego wystawcy weksla i remitenta. W związku z powyższym aktualny wierzyciel może opierać się jedynie na treści weksla.

Zakres obiektywnej wykładni oświadczenia wekslowego został ugruntowany przez orzecznictwo oraz doktrynę prawa. Dopuszczalna jest wykładnia niejasnych sformułowań dokumentu wekslowego<sup>29</sup>. Wykładnia może być stosowana także w szczególności w razie „oczywistych błędów w pisowni, łączeniu lub odmianie poszczególnych wyrazów zawartych w treści weksla”<sup>30</sup>. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego „wykładnia tekstu weksla może prowadzić do uściślenia znaczenia poszczególnych zwrotów, usunięcia oczywistych omyłek i błędów gramatycznych lub innych błędów językowych dotyczących reguł pisowni poszczególnych znaków graficznych, odmiany wyrazów, ich tworzenia i łączenia, itp.”<sup>31</sup>. W związku z powyższym nie można dokonać stwierdzenia, że dokument wekslowy jest nieważny tylko dlatego, że zawiera błędy gramatyczne lub zastosowano niewłaściwy wyraz czy formę gramatyczną. Należy zaznaczyć, iż przy wykładni weksla o jego ważności decyduje całościowe, logiczne pojmowanie jego tekstu, nie zaś zachowanie zasad gramatyki i literalne znaczenie jednostkowych słów. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, iż obiektywna wykładnia weksla nigdy jednak nie może implikować usunięcia istotnych braków formalnych<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> L. Bagińska, *op.cit.*, s. 44.

<sup>27</sup> Wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2005 r.

<sup>28</sup> L. Bagińska, *op.cit.*, s. 44.

<sup>29</sup> Orzeczenie z dnia 14 czerwca 1927 r., III Rw. 2324/26, PPA 1927, poz. 316; z dnia 15 września 1932 r., III 1 Rw. 1278/32, Zb. Urz. 1932, poz. 152.

<sup>30</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 1993 r., III CZP 7/93, OSNCP 1993, nr 11, poz. 199.

<sup>31</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168.

<sup>32</sup> L. Bagińska, *op.cit.*, s. 45.

#### 4. Uwagi końcowe

Reasumując, rygoryzm charakteryzujący prawo wekslowe dopuszcza możliwość obiektywnej wykładni oświadczenia woli zawartego w treści weksla. W praktyce często można spotkać się z niewłaściwym pojmowaniem rygoryzmu wekslowego, który prowadzi do prób uznawania za nieważne weksli zawierających błędy gramatyczne, językowe lub oczywiste omyłki. Stanowisko takie jest błędne, a orzecznictwo i doktryna prawa w sposób niebudzący wątpliwości dopuszczają możliwość usunięcia tych uchybień w drodze obiektywnej wykładni oświadczenia woli zawartego w treści weksla.

\* \* \*

#### Interpretation Methods of Bill of Exchange Declaration

The following article aims to discuss issues related to interpretation of a declaration of will within a bill of exchange. These are highly applicable in practice since the stability of bill of exchange law as well as the simplified rules for the execution with a promissory note make bills of exchange experience their renaissance as they fulfill many functions in today's economic turnover. The article discusses material and formal rigor of bill of exchange law. It presents all the required components of a given document to be recognized as a bill of exchange. Then it follows with a brief characteristic of each of the subject items. In further part it analyses the three interpretation methods described by the doctrine of law. Objective method for interpreting bill of exchange declarations was suggested as the one accordingly recognized both by jurisdiction and the doctrine of law with suitable reasoning behind it. Final remarks include the author's position on the extent to which such interpretation of statement of will within a bill of exchange is acceptable.

**Key words:** bill of exchange, bill of exchange declaration, interpretation methods, rigor of bill of exchange

**Agnieszka Anusz<sup>1</sup>**

## **Pojęcie i zastosowanie algorytmów w polityce cenowej przedsiębiorstw a prawo konkurencji**

### **Streszczenie:**

W świetle coraz popularniejszego zastosowania algorytmów w prowadzeniu polityki cenowej przez przedsiębiorców wzrasta znaczenie problematyki zdefiniowania pojęcia algorytmu w kontekście prawa konkurencji oraz przedstawienia zastosowania algorytmów w polityce cenowej przedsiębiorstw. Koniecznym staje się jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia algorytmu w kontekście praw na dobrach niematerialnych, a w szczególności rozstrzygnięcie czy jest to know-how, czy program komputerowy oraz przedstawienie kwestii odpowiedzialności przedsiębiorcy – zarówno w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz.U. z 2017, poz. 229, 1089, 1132), jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. z 2018, poz. 419) – za działania algorytmu, co jest szczególnie istotne w przypadku algorytmów stworzonych w oparciu o sztuczną inteligencję. Koniecznym również jest, w dłuższej perspektywie, zrewidowanie obecnego stosunku praw własności intelektualnej do prawa konkurencji, gdyż w świetle obecnych przepisów występuje sytuacja (co prawda równoważona przez konstrukcję odpowiedzialności przedsiębiorcy w świetle ustawodawstwa antymonopolowego), w której praktykę o skutku bądź potencjalnym skutku antykonkurencyjnym inicjuje forma ochrony własności intelektualnej, która co do zasady jest wyłączona spod reżimu ustawodawstwa antymonopolowego.

**Key words:** prawo konkurencji, algorytmy, polityka cenowa

---

<sup>1</sup> Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

## 1. Wstęp

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej jako: OECD) opublikowała w czerwcu 2017 r. raport *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*<sup>2</sup> (Algorytmy i zmywy: polityka konkurencji w erze cyfrowej – tłumaczenie autorki), w którym za istotne ryzyko dla konkurencji uznała algorytmy, czyli sposoby, formy postępowania, wykonywania pewnych czynności<sup>3</sup>. W tym przypadku chodzi o algorytmy maszynowe czy też cyfrowe, przeznaczone dla komputerów bądź robotów wyposażonych w sztuczną inteligencję, które używane są do monitorowania i przewidywania zachowań użytkowników stron internetowych, w szczególności mediów społecznościowych oraz sklepów internetowych, a następnie do dostosowywania treści na tych stronach do preferencji jej użytkowników, a ponadto do dostosowywania reklam pod konkretne grupy konsumentów, czy też do monitorowania i analizowania towarów konkurencyjnych na rynku, przede wszystkim ich cen, co skutkuje odpowiednim zarządzaniem własnymi warunkami sprzedaży tak, aby zwiększać własną konkurencyjność na rynku.

Wobec coraz częstszego zastosowania algorytmów w wyżej wymienionym zakresie pojawia się pytanie, czy będąc zaprogramowanymi jedynie, czy też przede wszystkim, na efektywne zarządzanie cenami, nie będą one „zawierały” między sobą porozumień cenowych bez zgody, akceptacji czy też wiedzy przedsiębiorcy, tak aby w najbardziej efektywny sposób osiągnąć cel do którego zostały zaprogramowane? Problem ten dotyczy w szczególności algorytmów, które należałoby zakwalifikować jako wyposażone w sztuczną inteligencję<sup>4</sup>, rozumianą jako umiejętność ciągłego uczenia się i dostosowania do otaczających realiów, ponieważ – ze względu na wysoki stopień ich zaawansowania – uważa się, że byłyby one w stanie zawierać zmywy cenowe zupełnie niezależnie od wiedzy przedsiębiorcy.

Ponadto należy pamiętać, że nie zostało jeszcze wypracowane jednoznaczne podejście do algorytmów w sensie prawnym – czy powinny one być rozumiane jako *know-how*, chociażby ze względu na bliskość semantyczną obu pojęć, gdzie *know-how* rozumie się jako „umiejętność postępowania, a ściślej mówiąc zdolność, wiedza lub umiejętność uzyskania danego rezultatu”<sup>5</sup>, które w polskim porządku prawnym chronione jest na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>6</sup> (dalej jako: u.z.n.k.). Art. 11 u.z.n.k. stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy”. Ponadto w ust. 4 tego artykułu ustawodawca definiuje pojęcie

<sup>2</sup> OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, [www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm), 03.11.2017.

<sup>3</sup> Por. definicja algorytmu [w:] W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, t. IV, Warszawa 2007.

<sup>4</sup> Por. definicja inteligencji [w:] *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. I (A-K), Warszawa 1988.

<sup>5</sup> L. Grosicki, P. Grosicki, *Ochrona własności intelektualnej know-how*, Pułtusk 2010, s. 11.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 419).



tajemnicy przedsiębiorstwa jako „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Należy zatem stwierdzić, że *know-how* może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wtedy, gdy przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jego poufności.

W podobny sposób wypowiada się również ustawodawca unijny, który w art. 1 ust. 1 podpunkt „i” rozporządzenia Komisji nr 316/2014 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii<sup>7</sup> (dalej jako: Rozporządzenie o transferze technologii) stanowi, że pojęcie *know-how* oznacza „pakiet nieopatentowanych informacji, wynikających z doświadczenia i badań, które są niejawnie, istotne i zidentyfikowane”.

Możliwe jest jednak również rozumienie algorytmu jako programu komputerowego, chronionego na podstawie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>8</sup> (dalej jako: pr.aut.), gdzie zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 pr.aut. programy komputerowe podlegają, co do zasady, takiej samej ochronie jak utwory literackie, pod warunkiem, że spełniają przesłanki ochrony utworu, czyli są „przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakikolwiek sposób, niezależnie od jego wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”<sup>9</sup>, a ochrona przyznana takiemu programowi obejmuje wszystkie formy jego wyrażenia. Należy jednocześnie pamiętać, że co prawda zarówno w polskim jak i w europejskich porządkach prawnych programy komputerowe podlegają ochronie prawnoautorskiej, to chociażby w Stanach Zjednoczonych programy komputerowe podlegają ochronie patentowej.

W związku z tym pojawia się pytanie, czy algorytm, uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu u.z.n.k. i jednocześnie będący programem komputerowym podlegającym ochronie prawnoautorskiej, może podlegać ochronie kumulatywnej? Wydaje się, że na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco ze względu na inną funkcję i cel ochrony każdej z tych ustaw. Algorytm w świetle u.z.n.k. chroniony jest jako niematerialny składnik przedsiębiorstwa, pełniący funkcję gospodarczą, a w świetle pr.aut. jako przejaw zindywidualizowanej i ustalonej działalności twórczej.

Wagę zdefiniowania podejścia prawnego do algorytmów może zobrazować jeden z postulatów Angeli Merkel, w którym wezwała przedsiębiorców, w szczególności przedsiębiorstwa takie jak Facebook i Google<sup>10</sup>, do upublicznienia algorytmów, tak aby użytkownicy mogli wiedzieć w jaki sposób determinowane są treści, które widzą w internecie. W przypadku uznania algorytmu za *know-how*, takie postępowanie niweczyłoby jego ochronę. Z kolei w przypadku uznania algorytmu za program

<sup>7</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii (t.j. Dz.Urz.UE L 93/17).

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 880).

<sup>9</sup> Art. 1 ust. 1 pr.aut.

<sup>10</sup> <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/angela-merkel-fordert-mehr-transparenz-von-google-facebook-14497819.html>, 04.11.2017.

komputerowy można już byłoby sobie wyobrazić sytuację, w której doszłoby do upublicznienia algorytmu, w formie chociażby kodu źródłowego, ponieważ – zgodnie ze wspomnianą już regulacją zawartą w art. 74 ust. 2 pr.aut. – i tak byłby on chroniony przed ewentualnymi naruszeniami.

Niezależnie jednak od próby zdefiniowania reżimu ochrony prawnej algorytmów należy uznać, że są to formy praw na dobrach niematerialnych, chronione – z punktu widzenia prawa konkurencji, tj. niezależnie od uznania istnienia kumulatywnej ochrony algorytmu – bądź to na podstawie u.z.n.k., bądź powstaje sytuacja, w której, zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>11</sup> (dalej jako: u.o.k.k.), „ustawa ta nie narusza i nie znajduje zastosowania odnośnie praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej, z wyjątkiem porozumień, czy też umów między przedsiębiorcami, których prawa własności intelektualnej są przedmiotem”. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której forma (algorytm), przy pomocy której – czy też która „sama” narusza zasady uczciwej konkurencji, jest wyłączona spod reżimu ustawodawstwa antymonopolowego, ponieważ „działalność” takiego algorytmu nie spełnia przesłanki porozumienia czy umowy między przedsiębiorcami, gdyż algorytm zwykle „działa samodzielnie” na rzecz jednego przedsiębiorcy.

## 2. Porozumienia między przedsiębiorcami – definicja

Porozumieniem w rozumieniu art. 4 pkt 5 u.o.k.k. jest „umowa zawierana między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów”, przy czym umowy rozumiane są tak jak w ustawie – Kodeks cywilny<sup>12</sup> (dalej jako: k.c.)<sup>13</sup>, jako uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki oraz uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Przyjmuje się również, że porozumienie między przedsiębiorcami nie musi być zawarte w żadnej konkretnej formie, może być nawet dorozumiane<sup>14</sup> i że może być to zarówno czynność prawna, jak i faktyczna<sup>15</sup>. Porozumienie musi mieć natomiast skutek lub cel o charakterze antykonkurencyjnym, przy czym przyjmuje się, że obie te przesłanki rozumie się alternatywnie<sup>16</sup> – tzn. wystarczy jedna, żeby móc stwierdzić, że porozumienie stanowi zagrożenie lub narusza konkurencję.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 229, 1089, 1132).

<sup>12</sup> E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2017, s. 124.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 459, 933, 1132 ze zm.).

<sup>14</sup> E. Stawicki, *op.cit.*, s. 124.

<sup>15</sup> A. Jurkowska-Gomułka [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 122.

<sup>16</sup> *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009, s. 191.



Zgodnie z zarówno art. 6 u.o.k.k., jak i art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>17</sup> (dalej jako: TFUE) zakazane są wszelkie „porozumienia, których celem bądź skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji” (art. 6 u.o.k.k.), które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE lub zakłócić rynek wewnętrzny (art. 101 TFUE).

Oba przepisy za formę szczególną zakazanych porozumień uznają porozumienia cenowe, czyli umowy ustalające w sposób pośredni lub bezpośredni ceny lub inne warunki sprzedaży lub zakupu towarów – mogą być to zarówno porozumienia horyzontalne (zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu) albo wertykalne (zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu). Porozumienia o takiej treści są z mocy prawa w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Ponadto porozumienia cenowe należą do tzw. *hardcore restrictions*, czyli tego typu porozumień czy praktyk o skutku antykonkurencyjnym, które uważa się za na tyle szkodliwe z punktu widzenia konkurencji na rynku, że szczególnie trudno zakwalifikować je jako zgodne z tzw. zasadą rozsądku, przez co zazwyczaj nie podlegają one włączeniom uregulowanym w art. 7 i 8 u.o.k.k czy też art. 101 ust. 3 TFUE.

Porozumienia cenowe można podzielić również, tak jak autorzy raportu OECD<sup>18</sup>, ze względu na sposób, w jaki są zawierane, czyli na: porozumienia dosłowne (*explicit collusions*) i na porozumienia dorozumiane (*tacit collusions*), charakterystyczne w szczególności dla rynków oligopolistycznych. Pierwsze z nich to porozumienia, które wprost zostały uregulowane w art. 4 ust 5 u.o.k.k., drugie to umowy, które nie zostały zawarte w sposób jednoznaczny i w których przedsiębiorcy pozostający w zмовie wciąż zachowują pewien stopień niezależności w kreowaniu swoich polityk cenowych, polegających przede wszystkim na uzgodnionym zachowaniu<sup>19</sup>. Należałoby jednak uznać, że ze względu na interpretację definicji porozumienia, jak i praktykę Komisji oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>20</sup>, istotna jest nie forma zawarcia porozumienia, lecz jego antykonkurencyjny cel lub skutek.

### 3. Zastosowanie algorytmów a porozumienia cenowe

Szczególnie istotne jest zdefiniowanie pojęcia porozumienia w kontekście algorytmów, a w szczególności algorytmów wyposażonych w sztuczną inteligencję.

Oczywiście w przypadkach takich jak zмова cenowa zawarta pomiędzy sprzedawcami na platformie internetowej *Amazon*, gdzie algorytmy były jedynie przedmiotem umowy między przedsiębiorcami, którzy wymieniali się nimi w celu ustalania cen<sup>21</sup>, pojęcie porozumienia jako takiego, w kontekście algorytmów, nie powoduje większych problemów. Do porozumienia bowiem doszło między przedsiębiorcami – osobami

<sup>17</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r.

<sup>18</sup> OECD, *op.cit.*, p. 19.

<sup>19</sup> R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2015, p. 598.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>21</sup> OECD, *op.cit.*, p. 28.

fizycznymi bądź prawnymi, a algorytmy, czyli przedmioty praw własności intelektualnej bądź *know-how*, były jedynie przedmiotem tej umowy, więc na gruncie prawa polskiego obowiązywałoby odstępstwo od zasady nienaruszalności praw własności intelektualnej przez u.o.k.k., uregulowane w art. 2 ust. 2 tejże ustawy.

Z kolei w przypadku algorytmów, które działają niezależnie, czyli wyposażonych w sztuczną inteligencję, to niezwykle trudno jest jednoznacznie stwierdzić, czy doszło do zawarcia porozumienia cenowego między przedsiębiorcami za pośrednictwem, czy też przy pomocy algorytmów. Jeżeli pojęcie umowy rozumiane i interpretowane jest zgodnie z k.c., to nie można przyjąć, że program komputerowy, czy tym bardziej *know-how* nieposiadające żadnej formy podmiotowości prawnej, jest w stanie w sposób wiążący wyrazić swoją wolę i zawrzeć ważną umowę czy też dokonać uzgodnień, na podstawie których przedsiębiorstwa będą objęte bardziej lub mniej wiążącą zmwą cenową. Taka sytuacja, w dosłownym rozumieniu pojęcia porozumienia, byłaby jedynie możliwa w przypadku przyznania niektórym algorytmom czy też robotom wyposażonym w sztuczną inteligencję pewnego rodzaju podmiotowości prawnej określanej – w Rezolucji Parlamentu Europejskiego zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki<sup>22</sup> – jako status osoby elektronicznej, z założeniem, że obejmowałby on na tyle szeroki zakres podmiotowości prawnej, że roboty go posiadające mogłyby np. zawierać umowy.

Z drugiej strony, ze wspomnianej już praktyki Komisji i orzecznictwa TSUE wynika, że za porozumienie cenowe uznaje się każde porozumienie, które w sposób pośredni lub bezpośredni modyfikuje konkurencję cenową<sup>23</sup>, co jest zgodne z wykładnią funkcjonalną zarówno art. 6 u.o.k.k., jak i art. 101 TFUE. Jest to szczególnie widoczne w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Wood Pulp I*<sup>24</sup>, w której Trybunał stwierdził, że aby móc mówić o porozumieniu cenowym wystarczy, że ma miejsce praktyka polegająca na bezpośredniej lub pośredniej wymianie informacji dotyczącej cen oraz że ekonomiczne analizy rynkowe nie wykazały, że mamy do czynienia z wąskim oligopolem (*narrow oligopoly*<sup>25</sup>), którego cechą charakterystyczną są ceny równoległe. Wydaje się więc, że orzecznictwo TSUE i ogólne podejście do porozumień cenowych jako do *hardcore restrictions* sprawia, że porozumienia takie, ze względu na swój skutek i wpływ na konkurencję, mogą być uznane za porozumienia cenowe w myśl chociażby art. 4 pkt 5 u.o.k.k., mimo tego, że nie zostały zawarte przez jakąkolwiek formę podmiotowości prawnej, czyli byłyby porozumieniami nieistniejącymi w myśl Kodeksu cywilnego. Ponadto wyłączenie porozumień cenowych zawieranych przez algorytmy mija się z celem przepisów i istotą ustawodawstwa antymonopolowego, czyli m.in. ochroną i rozwojem konkurencji.

<sup>22</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL)).

<sup>23</sup> R. Whish, D. Bailey, *op.cit.*, p. 558.

<sup>24</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 r. w sprawie A. Ahlström Osaakeyhtiö i inni przeciwko Komisji, European Court Reports 1988 -05193.

<sup>25</sup> R. Whish, D. Bailey, *op.cit.*, p. 604.

Należy jednak pamiętać o wspomnianym już wyłączeniu praw własności intelektualnej spod reżimu u.o.k.k. Algorytmy są chronione prawami na dobrach niematerialnych niezależnie od ostatecznego zakwalifikowania ich bądź jako *know-how*, bądź jako programów komputerowych. Mimo że algorytmy „zawierają” porozumienie cenowe nie są jednocześnie przedmiotem tego porozumienia, to na bazie obecnych przepisów wydaje się, że pomimo ogólnego nakazu braku ingerencji ustawodawstwa antymonopolowego w prawa własności intelektualnej, zastosowanie u.o.k.k. w stosunku do algorytmów nie powinno zostać wyłączone, zważywszy na cel uregulowań antymonopolowych oraz doniosłość zakazu porozumień cenowych dla uczciwej konkurencji.

#### 4. Zachowania paralelne a zastosowanie algorytmów

Ze względu na szczególną specyfikę „zawierania” porozumień cenowych za pośrednictwem algorytmów wydaje się niezwykle istotne i trudne, z punktu widzenia interakcji między algorytmami, rozróżnienie autentycznych porozumień cenowych od zachowań paralelnych, czyli praktyk, które z pozoru wyglądają na działania skoordynowane, takich jak imitacja cen, które jednak nimi nie są ze względu na brak ustalenia, skoordynowania, czy też zawarcia tego typu porozumienia między konkretnymi przedsiębiorcami, a co jest przesłanką decydującą porozumienia zarówno w przypadku praktyk dorozumianych, jak i dosłownych. Specyfika działań algorytmów sprawia, że jest to zjawisko szczególnie problematyczne, ponieważ trudno jest określić już samo zastosowanie i zakres pojęcia porozumienia w przypadku algorytmów, a ponadto dlatego, że algorytmy nie posiadają zasadniczo swego rodzaju rejestru lub zapisu aktywności, na podstawie którego można byłoby stwierdzić, czy dana praktyka jest zachowaniem paralelnym, czy już porozumieniem cenowym. Wydaje się, że tego rodzaju zapis byłby korzystny nie tylko dla organów antymonopolowych, ale przede wszystkim dla przedsiębiorców, ponieważ zachowania paralelne nie są w żaden sposób sankcjonowane.

#### 5. Możliwość wyłączenia porozumienia cenowego spod zakazu porozumień

Zarówno art. 8 ust. 1 u.o.k.k., jak i art. 101 ust. 3 TFUE przyjmują pewne przesłanki za okoliczności wyłączające zakaz porozumienia cenowego zawartego między przedsiębiorcami – między innymi jest to polepszenie sytuacji konsumentów. W u.o.k.k. przesłanka ta jest jedną z czterech koniecznych do spełnienia, ażeby móc mówić o porozumieniu wyłączonym spod ogólnego zakazu porozumień między przedsiębiorcami. Także na gruncie TFUE dopiero spełnienie wszystkich przesłanek zawartych w art. 101 ust. 3 daje podstawę do wyłączenia spod ww. zakazu<sup>26</sup>. Jest to o tyle istotne w kontekście zastosowań algorytmów, iż obecnie jedynym z najpopularniejszych ich zastosowań są tzw. porównywarki cenowe, niewątpliwie korzystne i atrakcyjne z punktu widzenia konsumentów. Jednakże wydaje się, że porozumienia cenowe są na tyle szkodliwe dla konkurencji w ogóle, że niezwykle trudno byłoby wykazać

<sup>26</sup> A. Jurkowska-Gomułka [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, t. II, Warszawa 2012, s. 289.

przeważający interes konsumentki w taki sposób, że uzasadnione byłoby zawieranie porozumień cenowych przez algorytmy będące podstawą dla działania porównywarek cenowych.

## 6. Dumping a zastosowanie algorytmów

Kolejną praktyką, która może wystąpić przy zastosowaniu algorytmów w kształtowaniu cen, jest praktyka polegająca na ciągłym obniżaniu ceny produktu przez algorytm, tak aby był to produkt najbardziej konkurencyjny (w domyśle – najtańszy) względem produktów substytucyjnych produkowanych przez konkurencję. W efekcie możliwy będzie dumping, który – zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt u.z.n.k. – jest czynem nieuczciwej konkurencji, polegającym na dyskryminacji cenowej przejawiającej się sprzedażą towaru poniżej jego wartości, poniżej kosztów produkcji<sup>27</sup>. Jednak ze względu na to, że konkurencja ceną jest jedną z podstawowych form konkurowania między przedsiębiorcami na rynku, a swobodne ustalanie cen jest jednym z przejawów swobody działalności gospodarczej, przyjmuje się, że z dumpingiem mamy do czynienia jedynie wtedy, gdy jest on dokonywany w zamiarze umyślnym<sup>28</sup>. W kontekście algorytmów wymóg istnienia przesłanki zamiaru umyślnego staje się niewątpliwą przeszkodą, która uniemożliwia zakwalifikowanie dumpingu zainicjowanego przez algorytm jako dumpingu w myśl u.z.n.k., czyli jako czynu nieuczciwej konkurencji. Wyjątkiem, w świetle obowiązujących przepisów u.z.n.k. i założeń Rezolucji PE w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, może być dumping inicjowany przez roboty posiadające sztuczną inteligencję i zarazem status osoby elektronicznej o takim zakresie podmiotowości prawnej, że będzie można przypisać im winę umyślną.

## 7. Odpowiedzialność przedsiębiorcy w świetle obowiązujących przepisów u.o.k.k. i u.z.n.k.; podsumowanie

Przedstawione formy praktycznego zastosowania algorytmów, a także problem zdefiniowania algorytmu w sensie prawnym sprawiają, że odpowiedzialność przedsiębiorcy wydaje się być jedyną obecnie możliwą konstrukcją odpowiedzialności za algorytmy i ich działalność. Zwłaszcza, że sam algorytm jako taki jest zwykle projektowany i tworzony przez przedsiębiorcę lub na zlecenie przedsiębiorcy, który potrzebuje go do konkretnych zastosowań. Dlatego należałoby przyjąć odpowiedzialność przedsiębiorcy za to, jakie porozumienia „zawiera” jego algorytm, jako podstawowy typ odpowiedzialności.

Problem w tym zakresie może stanowić ponownie sztuczna inteligencja, gdyż istotą inteligencji jako takiej jest wspomniana już umiejętność ciągłego uczenia się i dostosowania do otaczających realiów. Z tego względu, za kwestię szczególnie ważną należałoby również uznać odpowiedzialność przedsiębiorcy za porozumienia zawierane przez

<sup>27</sup> T. Skoczny, M. Bernatt [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwa-ja, Warszawa 2014, s. 583.

<sup>28</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 218.

robotą posiadającego już na tyle rozwiniętą inteligencję, że jest on w stanie podejmować różnorakie decyzje niezależnie od tego, czy został do nich pierwotnie zaprogramowany<sup>29</sup>, zwłaszcza, że problem robotów uczących się samodzielnie, po pierwotnym zaprogramowaniu, staje się coraz bardziej istotny<sup>30</sup>.

U.o.k.k. ustanawia bezwzględna odpowiedzialność przedsiębiorcy za porozumienia cenowe, w których uczestniczy – jest to tzw. odpowiedzialność absolutna, dlatego należałoby stwierdzić, że w przypadku u.o.k.k. problematyka odpowiedzialności przedsiębiorcy za porozumienia cenowe zawierane przez algorytmy jest uregulowana. Kwestią otwartą jest natomiast postulat odrębnej regulacji odpowiedzialności osoby odpowiedzialnej za szkolenie robota za porozumienia cenowe przez niego zawierane, na wzór chociażby odpowiedzialności osoby zarządzającej (art. 6a u.o.k.k.). Z punktu widzenia ustawodawstwa antymonopolowego największe kontrowersje wydaje się budzić w tym przypadku fakt zasadniczego wyłączenia spod jego reżimu praw na dobrach niematerialnych, których przedmiotem mogą być algorytmy, mogące stanowić istotne zagrożenie dla konkurencji.

Należy zatem przyjąć, że ze względu na znaczenie porozumień cenowych oraz przyjętą praktykę zarówno krajowych organów antymonopolowych, jak i Komisji oraz TSUE, która za kluczowe uznaje skutki danego porozumienia oraz konstrukcję odpowiedzialności absolutnej, stosowanie ustawodawstwa antymonopolowego w stosunku do praktyk naruszających konkurencję inicjowanych przez algorytmy będzie praktykowane.

Niemniej jednak należałoby uznać za konieczne zdefiniowanie pojęcia algorytmu w sensie prawnym – z punktu widzenia prawa autorskiego jest to niezbędne do zachowania równowagi między rosnącym zainteresowaniem opinii publicznej funkcjonowaniem algorytmów i ich znaczeniem we współczesnej gospodarce a ochroną praw autorskich.

Z kolei podstawowym problemem w przypadku dumpingu jest już wspomniany wymóg winy umyślnej podmiotu inicjującego *dumping*. W przypadku algorytmów niemożliwym jest mówić o przypisaniu im winy umyślnej, chyba że zakres podmiotowości prawnej postulowanej przez PE „osoby elektronicznej” byłby na tyle szeroki, że stworzyłby możliwość przypisania robotowi winy umyślnej. Wydaje się również trudnym do przypisania przedsiębiorcy winy umyślnej, jeżeli to nie on w sposób zamierzony zaprogramował algorytm w taki sposób, że zezwolił mu na *dumping*.

W tym wypadku wydaje się, że należałoby ponownie rozważyć konstrukcję odpowiedzialności prawnej osoby szkolącej robota czy programującej algorytm, czy też rozszerzenia odpowiedzialności za *dumping* wywoływany przez szeroko rozumiane programy komputerowe, ponieważ w obecnej sytuacji wydaje się, że żadna postać dumpingu generowanego przez algorytmy nie mogłaby, mimo swoich oczywistych negatywnych skutków, zostać zakwalifikowana jako *dumping* w rozumieniu u.z.n.k.

<sup>29</sup> Idea szkolenia robota i pojęcie osoby szkolącej zostały zawarte w Rezolucji PE dot. robotyki. Odpowiedzialność osoby szkolącej, przynajmniej częściowa, jest jednym z pomysłów uregulowania kwestii odpowiedzialności za robota posiadającego sztuczną inteligencję, w szczególności w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej.

<sup>30</sup> *Going Places*, The Economist, 21<sup>st</sup>-27<sup>th</sup> October 2017, p. 75–76.

\* \* \*

## **The Concept and Application of Algorithms in Pricing Policy and Competition Law**

While algorithms are more and more popularly used to manage prices, it becomes more important to define meaning of the algorithm – should it be defined as know-how or as a computer program – in the context of competition law as well as to present the concept of entrepreneur's liability for the algorithm's „behavior”, which is crucial while talking about artificial intelligence algorithms. It is also necessary, in a longer perspective, to adjust the relationship between competition law and intellectual property law, while in the context of contemporary Polish regulations there is a situation in which algorithm, as a form of protection of intellectual property rights, initiates a price collusion and which is generally excluded from antitrust regulations.

**Key words:** competition law, algorithms, pricing policy



**Bartłomiej Zydel<sup>1</sup>**

## **Korporatyzacja gospodarki komunalnej – asumpt do dyskusji**

### **Streszczenie:**

Korporatyzacja to proces przejmowania przez podmioty publiczne pewnych cech czy sposobów działania właściwych dla sektora prywatnego. Zjawisko to bywa nazywane również procesem komercjalizacji – jednak ze względu na funkcjonującą w obrocie prawnym definicję legalną komercjalizacji należy posługiwać się tym pierwszym określeniem. W Polsce zjawisko korporatyzacji dotknęło przede wszystkim działań podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. To właśnie samorządy często stają przed dylematem: w jakiej formie realizować swoje zadania? Formy klasyczne czy spółki kapitałowe? Ze względu na wagę zagadnienia należało więc zdefiniować korporatyzację, przedstawić jej specyfikę w samorządzie terytorialnym, pokazać formy korporacyjne oraz klasyczne, a także dokonać krótkiej oceny tychże form. Ocena została dokonana z dość subiektywnego punktu widzenia, gdyż jednym z celów tekstu jest sprowokowanie do dyskusji – zagadnienie korporatyzacji wypadło z bieżącego dyskursu, co jest bardzo negatywnym stanem rzeczy.

**Słowa kluczowe:** korporatyzacja, komercjalizacja, samorząd terytorialny, zadania publiczne, gospodarka komunalna, zarządzanie publiczne

### **1. Wstęp**

Jak pisał śp. Michał Kulesza: „Gospodarka komunalna stanowi podstawową sferę działania i główną misję samorządu terytorialnego”<sup>2</sup>. Z uwagi na zainteresowania badawcze

<sup>1</sup> Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Studiuję również w ramach Collegium Invisible.

<sup>2</sup> M. Kulesza, *Gospodarka komunalna – podstawy i mechanizmy prawne*, Samorząd Terytorialny 7–8/2012, s. 7.

autora skoncentrowane wokół samorządu terytorialnego oraz wyrażony powyżej pogląd M. Kuleszy, to właśnie korporatyzacja gospodarki komunalnej stała się przedmiotem niniejszego artykułu.

Doniosłość zagadnienia korporatyzacji i konieczność ciągłego jej rozważania trudno jest poddać w wątpliwość. Zawężenie zaś jej omawianego zakresu do gospodarki komunalnej, a więc działalności jednostek samorządu terytorialnego, jest zasadne ze względu na to, że to właśnie ich działania są każdego dnia najbliższe obywateli.

W pierwszej części tekstu, z uwagi na chęć zachowania przejrzystości, w kilku zdaniach przedstawione zostaną podstawowe informacje na temat gospodarki komunalnej oraz założeń nowego zarządzania publicznego, będącego teoretyczną podstawą dla procesów korporatyzacyjnych. Następnie zostanie sformułowana definicja korporatyzacji. W dalszej kolejności będą przedstawione klasyczne formy wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego oraz formy korporacyjne. W końcowej części nastąpi zaprezentowanie zalet i wad tych drugich oraz podsumowanie rozważań.

Do przygotowania niniejszego artykułu spośród prawniczych metod badawczych wykorzystana została metoda dogmatyczna. Z punktu widzenia szerszego katalogu metod badawczych, tj. katalogu metod właściwych dla nauk społecznych, został wykorzystany *desk research*, a także – w ograniczonym zakresie – studium przypadku. Autor zdecydował się ponadto na podejście dualistyczne: w początkowych częściach tekstu oparł się silnie na istniejącej literaturze, zaś w odniesieniu do wyróżnienia zalet i wad form korporacyjnych wykorzystał w zdecydowanej większości analizę dogmatyczną oraz studium przypadku.

## 2. Podstawowe zagadnienia z zakresu gospodarki komunalnej i nowego zarządzania publicznego

Gospodarka komunalna to – jak stanowi ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej<sup>3</sup> w art. 1 – „wykonywanie (...) zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej”. Natomiast w zakresie rozumienia zadań własnych ustawodawca wypowiada się w tymże artykule ustawy w następujący sposób: „w szczególności [są to – B.Z.] zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”. Jak widać, ustawodawca nie zawężyła w omawianej ustawie otwartego katalogu zadań własnych – np. w odniesieniu do samorządu gminnego zawartego w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>4</sup> – a zatem tym bardziej nie wypowiada się w sprawie nierozwiązanego wciąż w doktrynie sporu na temat pojęcia zadań własnych i ich zakresu. Autor, stojąc na stanowisku najbliższym pogładowi M. Kuleszy<sup>5</sup>, mając na względzie

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 827.

<sup>4</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 1875 ze zm.

<sup>5</sup> M. Kulesza, *O tym, ile jest decentralizacji w centralizacji, a także o osobliwych nawykach uczonych administratywistów*, Samorząd Terytorialny 12/2009, s. 7–22.



stanowisko H. Izdebskiego<sup>6</sup>, może bez cienia wątpliwości stwierdzić, że gospodarką komunalną nazwać należy *de facto* większość działań podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego.

Co do podstawowych założeń New Public Management: jest to postępowanie administracji w myśl założeń neoliberalnej szkoły ekonomicznej. Nowe zarządzanie publiczne opiera się zatem na krytyce biurokracji, a także na postulowaniu deregulacji, menedżeryzacji. NPM to chęć przeobrażenia administracji w przedsiębiorstwo nastawione na ekonomiczną efektywność oraz zamiar wprowadzenia jak najszerzych konkurencyjnych mechanizmów rynkowych w stosunku do wykonywania zadań publicznych<sup>7</sup>. Nie ulega wątpliwości, że reformy w duchu nowego zarządzania publicznego przeniknęły do polskich realiów – np. poprzez rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego czy wieloletnie ograniczenie odpowiedzialności państwa za gospodarowanie odpadami<sup>8</sup>. Zagadnienia te były przedmiotem zainteresowania badaczy w ramach rozmaitych projektów<sup>9</sup>. Natomiast korporatyzacja – pomimo istniejących opracowań<sup>10</sup> – nie jest obecna w dyskursie naukowym w stopniu adekwatnym do jej znaczenia.

### 3. Pojęcie korporatyzacji

W tytule artykułu występuje pojęcie „korporatyzacja”, które zostało już także użyte w tekście. W polskiej nauce – nie tylko nauce prawa – istnieje rozbieżność terminologiczna z nim związana. Otóż w Polsce jeszcze w czasach przedwojennych wszelkie próby wykorzystywania form znanych prawu prywatnemu przez sektor publiczny były określane mianem „komercjalizacji”<sup>11</sup>. Nauka światowa posługuje się zasadniczo pojęciem „korporatyzacja”, zamiennie stosuje się również „komercjalizację”. Ze względu na to, że za sprawą ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników<sup>12</sup>, znanej wszystkim pod pierwotnym tytułem „o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych”, „komercjalizacja” uzyskała swą definicję legalną wyrażoną w art. 1 tej ustawy i funkcjonującą w obrocie w niezmienionym kształcie do dnia dzisiejszego (pomimo wielu zawirowań – np. zmian tytułu ustawy), autor dla zachowania spójności wywodu zdecydował się na wybranie „korporatyzacji”. Prócz przedstawionego

<sup>6</sup> H. Izdebski, *Domniemanie zadań samorządu terytorialnego i domniemanie zadań gminy w obrębie samorządu terytorialnego – klauzule generalne dotyczące zadań samorządu*, Samorząd Terytorialny 1–2/2015, s. 69–76.

<sup>7</sup> C. Hood, *A public management for all seasons*, Public Administration 1991, vol. 69, p. 3–19; D. Osborne, T. Gaebler, *Rządzić inaczej. Jak duch przedsiębiorczości przenika administrację publiczną*, Poznań 2005.

<sup>8</sup> D. Sześciło, *Rynek – prywatyzacja – interes publiczny. Wyzwania urynkowienia usług publicznych*, Warszawa 2014, s. 47–48.

<sup>9</sup> Dla przykładu: I. Herbst, A. Jadach-Sepioło, *Analiza stanu prawnego w zakresie realizacji projektów w formule PPP*, Warszawa 2012.

<sup>10</sup> Warto wyróżnić np. E. Feret, *Formy organizacyjno-prawne finansowania samorządowych zadań publicznych w Polsce*, Rzeszów 2003.

<sup>11</sup> M. Bałtowski, *Przekształcenia własnościowe przedsiębiorstw państwowych w Polsce*, Warszawa 2002, s. 67.

<sup>12</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 1055.

powyżej powodu, „korporatyzacja” kładzie zdecydowanie większy nacisk na *nomen omen* korporacyjną strukturę podmiotu, który został poddany temu procesowi.

Na potrzeby artykułu „korporatyzacja” rozumiana będzie jako naśladowanie sektora prywatnego przez sektor publiczny, które to naśladowanie jest co do zasady osadzone w myśleniu o sferze publicznej w duchu nowego zarządzania publicznego. Na zjawisko korporatyzacji składają się dwa komponenty. Po pierwsze, jest to przejmowanie poszczególnych elementów pochodzących z przedsiębiorstw działających na zasadach w pełni rynkowych – takich jak forma prawna czy sposób zarządzania; ten komponent stanowi kluczowy element dla dalszej części artykułu. Po drugie, jest to postulat stworzenia warunków dla równej konkurencji, a więc propozycja wyeliminowania z rynku publicznych podmiotów chronionych, które nie prowadzą działalności ściśle według reguł gry rynkowej<sup>13</sup>.

W Polsce początku obecnie znanej korporatyzacji należy upatrywać w przełomie 1989 roku i transformacji ustrojowej. Wtedy to nastąpiła w Polsce – pośrednio za sprawą zaleceń Banku Światowego i Międzynarodowego Funduszu Walutowego – moda na nowe zarządzanie publiczne<sup>14</sup>, a co za tym idzie, na komercjalizację. Przywołana wcześniej ustawa o gospodarce komunalnej nie została uchwalona w pierwszych latach po dokonaniu transformacji – przyjęto ją dopiero 20 grudnia 1996 roku. Jednak skala jej oddziaływania jest ogromna aż po dzień dzisiejszy.

#### 4. Formy klasyczne i korporacyjne w jednostkach samorządu terytorialnego

Na wstępie warto zwrócić uwagę na to, że ustawa o gospodarce komunalnej ewoluowała. Wszak w momencie jej wejścia w życie nie istniały w Polsce samorządy na poziomie województw, a powiaty nie funkcjonowały nawet w ramach zasadniczego podziału terytorialnego kraju. Tym samym ewoluowała zarówno poprzez zmiany w jej treści, jak i pośrednie modyfikacje wpływające z ustrojowych ustaw samorządowych. Ze względu na chęć zachowania przejrzystości wywodu pominięte zostaną podmioty, które działają w oparciu o przedmiotową ustawę na podstawie jej art. 5 – chodzi tu głównie o związki międzygminne.

Zanim jednak do form o charakterze „korporacyjnym”, warto krótko przedstawić klasyczne formy organizacyjnoprawne, z których mogą korzystać samorządy. Są nimi aktualnie jednostka budżetowa oraz samorządowy zakład budżetowy. Ta pierwsza jest regulowana głównie przez przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>15</sup>, natomiast samorządowy zakład budżetowy właściwie uregulowania posiada zarówno w ustawie o finansach publicznych, jak i w ustawie o gospodarce komunalnej.

Jednostka budżetowa to forma zdecydowanie podstawowa. Jak stanowi art. 11 ust. 1 ustawy o finansach publicznych: „Jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają

<sup>13</sup> Ciekawie na temat drugiego komponentu: D. McDonald, *To corporatize or not corporatize (and if so, how?)*, *Utilities Policy* 2016, vol. 40, p. 107–114.

<sup>14</sup> D. Sześciło, *Samoośługowe państwo dobrobytu. Czy obywatelska koprodukcja uratuje usługi publiczne?*, Warszawa 2015, s. 21–48.

<sup>15</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 2077.

swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego”. Organem tworzącym, nadającym statut i likwidującym jest dla jednostki budżetowej wyodrębnionej w ramach jednostki samorządu jej organ stanowiący.

Samorządowy zakład budżetowy jest formą o większych obwarowaniach prawnych. Art. 14 ustawy o finansach publicznych zawiera zamknięty katalog zadań własnych, które może wykonywać samorządowy zakład, co stanowi przedmiotowe ograniczenie jego działalności. Są to między innymi zadania związane z lokalnym transportem zbiorowym i gospodarką mieszkaniową. Co do uregulowań budżetowych, to samorządowy zakład odpłatnie wykonuje zadania, tym samym pokrywając ich koszty z przychodów własnych. Nadwyżką budżetową rozlicza się z budżetem danej jednostki samorządu, chyba że organ stanowiący j.s.t. postanowi inaczej. Należy pamiętać również o tym, że wsparcie ze strony jednostki samorządu terytorialnego na rzecz samorządowego zakładu – o ile nie jest przekazywane w formie dotacji celowej na zadania bieżące realizowane z udziałem funduszy unijnych lub na zadania inwestycyjne – nie może przekroczyć 50% kosztów jego działalności.

W ramach obecnie obowiązujących przepisów można wyróżnić kilka korporacyjnych form organizacyjnych, w jakich jednostki samorządu terytorialnego mogą prowadzić gospodarkę komunalną w momencie, gdy nie korzystają z form klasycznych. Są to przede wszystkim: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna – czyli podmioty znane jako spółki kapitałowe. Ponadto j.s.t. mogą skorzystać ze spółek komandytowych lub komandytowo-akcyjnych, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>16</sup>; warto jednak zaznaczyć, że w Polsce dominuje model, w którym podmiot publiczny nie jest związany z partnerem prywatnym poprzez „wspólną” spółkę<sup>17</sup>. Tym samym kluczową rolę odgrywają spółki kapitałowe.

Spółki te działają zasadniczo w reżimie ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych<sup>18</sup>, z kilkoma wyjątkami wynikającymi z ustawy o gospodarce komunalnej i innych aktów normatywnych. W świetle art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego. Warto pamiętać o tym, że kompetencja ta może zostać przeniesiona na organ wykonawczy. Ponadto na wyróżnienie – z punktu widzenia charakteru artykułu – zasługuje art. 13 ust. 1 omawianej ustawy. Stanowi on, że „Spółka określa w regulaminie zasady korzystania z usług publicznych świadczonych przez spółkę, a także obowiązki spółki wobec odbiorców usług”. Takowy regulamin podlega zatwierdzeniu przez organ wykonawczy j.s.t. W tym momencie należy zwrócić uwagę na art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej, który traktuje o możliwości tworzenia spółek

<sup>16</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 1834.

<sup>17</sup> B. Drzymała, *Zawiązanie spółki o kapitale mieszanym w celu realizacji przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego*, Samorząd Terytorialny 10/2017, s. 47–57.

<sup>18</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 1577.

lub przystępowania do nich przez jednostki samorządu w momencie, gdy ich działalność wykracza poza sferę użyteczności publicznej. Na ten temat autor przygotowuje osobny tekst, gdyż jest to zagadnienie nad wyraz ciekawe. Sygnalizacyjnie: samorząd gminy takowe działania może podejmować po spełnieniu pewnych warunków, samorząd powiatowy takiej możliwości nie ma, natomiast samorząd województwa – podobnie jak samorząd gminny – zobowiązany jest do wypełnienia pewnych przesłanek. Ostatnim elementem, istotnym w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jest przepis art. 10a ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej. Z jego treści wynika, że w spółkach z udziałem jednostek samorządu działa rada nadzorcza – przepis ten stanowi tym samym istotną modyfikację regulacji Kodeksu spółek handlowych dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, stąd też warto o nim pamiętać.

W odniesieniu do drugiej części składowej korporatyzacji, czyli stworzenia warunków dla równej konkurencji, kolosalną rolę odgrywają regulacje silnie powiązane z prawem unijnym. W polskim prawie są nimi między innymi: ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej<sup>19</sup> wraz z rozporządzeniami unijnymi oraz mniej popularna ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców<sup>20</sup>. Jednak jak już parokrotnie zaznaczono, niniejszy artykuł koncentruje się na kwestiach związanych z formą organizacyjnoprawną, zarządzaniem danym typem podmiotu, stąd też te jakże ciekawe zagadnienia zostaną w ogromnej mierze ze względów pragmatycznych – nie bez żalu – pominięte. Natomiast nie sposób całkowicie przemilczeć kwestii pomocy publicznej, w związku z czym w następnym rozdziale nastąpi krótkie odwołanie do tej problematyki.

## 5. Zalety płynące z korzystania z form korporacyjnych

Korzyści wynikające z korporatyzacji można podzielić na te o charakterze prawnym oraz organizacyjnym. Należy równocześnie poczynić zastrzeżenie: zarówno korzyści, jak i opisane w dalszej części bolączki niekoniecznie są wywodzone na podstawie porównania z formami podstawowymi, tj. jednostką budżetową i samorządowym zakładem budżetowym.

Niewątpliwą korzyścią o charakterze *stricte* prawnym – i to przy skrajnie pozytywnym rozumieniu prawa – jest to, że jakiegokolwiek zadłużenie samorządowej spółki kapitałowej nie rzutuje na poziom zadłużenia danej jednostki samorządu. Jest to szczególnie ważne z punktu widzenia art. 243 ustawy o finansach publicznych, czyli tzw. indywidualnego wskaźnika zadłużenia jednostki samorządu terytorialnego, który to determinuje wysokość środków, jakie samorządy mogą przeznaczać na wydatki inwestycyjne. Tylko ze względu na aktualną konstrukcję indywidualnego wskaźnika możliwość wyprowadzenia zadłużenia została uznana za coś pozytywnego. Jest to sytuacja dostrzegana w doktrynie. Jak pisze E. Kornberger-Sokołowska: „Należy zauważyć, iż restrykcyjnie limitowany poziom zadłużenia każdej j.s.t. skutkuje przerzuceniem

<sup>19</sup> T.j. Dz.U. z 2016, poz. 1808.

<sup>20</sup> Dz.U. z 2006, Nr 191, poz. 1411 ze zm.

części zadłużenia na spółki komunalne”<sup>21</sup>. Reasumując: z perspektywy samorządowców powołanie spółki kapitałowej może być sposobem na wygospodarowanie większych środków w ramach budżetu jednostki samorządu na podjęcie działań inwestycyjnych.

Kolejna kluczowa korzyść to poruszona już powyżej tematyka „wykraczania poza sferę użyteczności publicznej”. Samorząd powiatowy nie może takowego wykraczania dokonywać, natomiast zarówno samorząd gminny, jak i samorząd województwa – po spełnieniu pewnych, odmiennych warunków – może taką działalność podejmować, lecz musi działać się to w formie spółek kapitałowych. Wskazać wypada, że warunki stawiane samorządowi gminnemu są dużo łagodniejsze; można wręcz zaryzykować stwierdzenie, iż ich ogólność prowadzi do praktycznie nieograniczonej swobody wykraczania poza sferę użyteczności publicznej. A zatem, jeżeli dana jednostka samorządu zidentyfikuje przestrzeń, w ramach której mógłby działać podmiot z nią związany, to może w takową przestrzeń wejść – właśnie poprzez skorzystanie z formy korporacyjnej.

Wracając do kwestii finansowych, odwołać trzeba się do opisanej wcześniej problematyki swobody „dosypywania” środków do danego podmiotu przez jednostkę samorządu terytorialnego. W przypadku jednostek budżetowych problem ten nie występuje, przy samorządowych zakładach budżetowych zasadniczo obowiązuje limit wynoszący do 50% kosztów jego bieżącej działalności. Jeśli idzie o spółki, to zastosować musimy standardowe zasady dotyczące wnoszenia wkładów. Z jednej strony jest to formuła najbardziej skomplikowana proceduralnie, z drugiej zaś nie jest na pierwszy rzut oka obwarowana ustawowym limitem – jak w przypadku samorządowego zakładu, co można by zaliczyć *in plus*. Jest tak jednak tylko w sytuacji, gdy mówimy o wspieraniu spółki, której działalność nie wykracza poza sferę użyteczności publicznej, o czym poniżej.

Albowiem jeśli mówimy o spółce wykraczającej swą działalnością poza takową sferę, to dotykamy kwestii znacznego zaburzenia reguł gry rynkowej przy dokonaniu zastrzyku finansowego ze środków publicznych, a co za tym idzie, problematyki pomocy publicznej. Nie wchodząc w skomplikowane szczegóły dotyczące tej materii: zasadniczo – po spełnieniu kryteriów ukształtowanych w samym Traktacie lub (w głównej mierze) w orzecznictwie unijnym – dotowanie działalności związanej z użytecznością publiczną nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>22</sup>. *A contrario*: nie ulega wątpliwości, że kierowanie dodatkowych środków na finansowanie podmiotów działających poza tą sferą może być zakwalifikowane jako pomoc publiczna. Tym samym podmioty funkcjonujące w formach korporacyjnych i działające poza sferą użyteczności publicznej powinny bilansować się same, co należy zaliczyć *in plus*. Równocześnie plusem formy korporacyjnej jest to, że kiedy podmiot funkcjonujący w takich ramach działa jedynie w sferze użyteczności publicznej, to ograniczenia o charakterze materialnoprawnym związane z finansowaniem jego działalności przez jednostkę samorządu praktycznie nie obowiązują.

Płynnie trzeba przejść w tym miejscu do okołoprawnej korzyści wynikającej z korzystania z form korporacyjnych, a mianowicie swoistej „klarowności obrotu”. Szeroko

<sup>21</sup> E. Kornberger-Sokołowska [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, C.H. Beck, art. 243, nb. 6.

<sup>22</sup> Dz.Urz. UE, C 326/47.



pojętemu biznesowi<sup>23</sup> funkcjonującemu w ramach wolnego rynku łatwiej jest „zrozumieć” podmiot działający w oparciu o znaną powszechnie formę jednej ze spółek kapitałowych aniżeli jednostkę budżetową czy też samorządowy zakład budżetowy – choćby ze względu na możliwość czerpania podstawowych informacji o spółce z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Nie dziwi równocześnie, że wykraczanie poza sferę użyteczności publicznej może mieć miejsce jedynie w formie spółki – gdyż takowy podmiot bierze pełny udział w gospodarce rynkowej.

Z organizacyjnego punktu widzenia największą korzyścią, jaką niosą za sobą samorządowe spółki kapitałowe, jest funkcjonowanie organu nadzorczego oraz organu zarządzającego. Jakkolwiek różny charakter – m.in. ze względu na kompetencje całego organu, jak i uprawnienia jego członków – będzie mieć organ nadzorczy w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, a inny w spółce akcyjnej, to jednak jest to bez wątpienia sytuacja pozytywna. Oczywiście przy założeniu, że członkami obu organów są osoby o odpowiednich kwalifikacjach<sup>24</sup>.

W dużych samorządach – czyli na potrzeby niniejszego tekstu w gminach powyżej 50 tysięcy mieszkańców – spółki komunalne mogą stanowić narzędzie służące do wprowadzenia dobrze pojętej menedżeryzacji. W takich jednostkach burmistrz czy prezydent nie jest w stanie czuwać nad wszelkimi działaniami, które są podejmowane w ramach wykonywania zadań publicznych. Większa niezależność organizacyjna – choć oczywiście wciąż mocno ograniczona m.in. ze względu na wpływ jednostki samorządu na skład organu nadzorczego – pozwala na autentyczny, a nie tylko pozorny podział obowiązków i pozostawienie możliwie dużego pola do działania dla zarządu danej spółki.

## 6. Wady związane z posługiwaniem się formami korporacyjnymi

Bolączki związane z korporatyzacją – jak można się domyślić – również należy podzielić na te o charakterze prawnym oraz organizacyjnym.

Podstawowym mankamentem prawnym jest ustalanie wysokości cen i opłat. Jak stanowi cytowany już wcześniej art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej: „organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego”. Wydaje się, że wystarczającym środkiem nacisku na zarząd danej spółki powinny być działania podejmowane przez organ nadzorczy lub – w zależności od właściwego modelu – przez jego poszczególnych członków. Przywołana regulacja stanowi spory wyłom we wprowadzaniu zasady menedżeryzacji.

Poza tym, za wadę można uznać to, co wcześniej zostało uznane za zaletę – a mianowicie „wyprowadzenie” zadłużenia. W momencie gdy jest to robione z umiarem, stanowi

<sup>23</sup> Słowo zostało użyte świadomie – w celu uniknięcia zdefiniowanego na gruncie wielu aktów prawnych „przedsiębiorcy”.

<sup>24</sup> A. Widera, *Kontrakty uzdrowią spółki komunalne? Dr Płazek ostro: „To przechowalnie dla szwagrow i nieudanych polityków”*, <http://www.portalsamorzadowy.pl/praca/kontrakty-uzdrowia-spolki-komunalne-dr-plazek-ostro-quot-to-przechowalnie-dla-szwagrow-i-nieudanych-politykow-quot,91431.html>, 01.02.2018.

zaletę, szczególnie przy aktualnym brzmieniu art. 243 ustawy o finansach publicznych. Jeśli jednak dochodzi do wypaczeń, to instrument ten może stanowić poważne zagrożenie dla wykonywania zadań publicznych – *vide* problemy skomercjalizowanych szpitali<sup>25</sup>.

Kolejna kwestia to podejmowanie przez samorządowe spółki kapitałowe działalności o charakterze ponadlokalnym czy ponadregionalnym. Ponownie dotykamy kwestii wykraczania poza sferę użyteczności publicznej – i ponownie możemy stwierdzić, że może być to zarówno korzyść, jak i poważna wada. Jak pokazuje przypadek spółki Energetyka Ciepła Opolszczyzny SA, prowadzenie działalności w formie spółki kapitałowej może prowadzić do przestawienia działalności gminnego podmiotu na tory trudne do zdefiniowania. Większościowym akcjonariuszem w tej spółce jest Miasto Opole, mniejszościowym E.ON. edis – jest to tym samym spółka częściowo sprywatyzowana. ECO tworzy grupę kapitałową, w skład której wchodzi podmioty prowadzące działalność w różnych częściach kraju. *Summa summarum* Energetyka Ciepła Opolszczyzny w 2013 roku była obecna w 9 województwach i dostarczała ciepło do ok. 500 tysięcy mieszkańców<sup>26</sup> (dla przypomnienia: Opole to miasto liczące ok. 120 tysięcy mieszkańców). Z jednej strony działanie spółki przynosi korzyść Miastu Opole, gdyż dywidenda wypłacona Miastu Opole za rok 2016 wyniosła ponad 17 mln zł<sup>27</sup>; skądinąd kwestia przeznaczenia dywidendy co roku rozpala opolskich radnych i lokalną opinię publiczną. Jednak z drugiej strony taka działalność prowadzi do przyjęcia mocno biznesowego modelu realizacji danego typu zadań publicznych, w oderwaniu od jakiegokolwiek wpływu władz lokalnych. Taki stan rzeczy należy ocenić negatywnie.

W opinii autora bolączką organizacyjną samorządowych spółek kapitałowych jest również brak elementu obywatelskiego w ich funkcjonowaniu. Można wyobrazić sobie ciało o charakterze doradczym, np. „radę społeczną”, która zwracałaby uwagę nie tyle na wynik finansowy spółki, co chociażby na jakość wykonywanych przez nią zadań publicznych<sup>28</sup>.

## 7. Podsumowanie

Często w praktyce np. doradcy samorządowego można spotkać się z pytaniem zadawanym przez samorządowców: „I co mamy wybrać?”. Pożądana odpowiedź to rozstrzygnięcie wraz z krótkim uzasadnieniem. Prawnicy zwykli mawiać, że sprawa jest wielowątkowa i wielopłaszczyznowa – co ogranicza możliwość udzielenia odpowiedzi w oczekiwanym kształcie na postawione powyżej pytanie. W przypadku korporatyzacji jest ona jednak

<sup>25</sup> Dla przykładu: *kazus radomskiego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego: IAR, Radom: zwolnienia i obniżenie wynagrodzeń receptą na kłopoty szpitala*, <https://warszawa.onet.pl/radom-zwolnienia-i-obnizenie-wynagrodzen-recepta-na-klopoty-szpitala/c8w438>, 01.02.2018.

<sup>26</sup> PAP, *SLD chce referendum ws. sprzedaży ECO*, <http://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/sld-chce-referendum-ws-sprzedaży-eco,46196.html>, 01.02.2018.

<sup>27</sup> A. Janowski, *Energetyka Ciepła Opolszczyzny kolejny rok zakończyła z rekordowym zyskiem*, <http://www.nton.pl/strefa-biznesu/wiadomosci/z-regionu/a/energetyka-ciepna-opolszczyzny-kolejny-rok-zakonczyła-z-rekordowym-zyskiem,12221727/>, 01.02.2018.

<sup>28</sup> Takowy organ jest elementem obligatoryjnej struktury organizacyjnej podmiotu leczniczego niebędącego przedsiębiorcą, czyli w ogromnej większości SP ZOZ-ów – zgodnie z art. 48 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 160 ze zm.).

jedyną możliwą do udzielenia na *cito*. Po pierwsze, sytuacje czarno-białe, wręcz kliniczne, zdarzają się niezwykle rzadko. Po drugie, jak można zobaczyć po tym dość krótkim przecieź wywodzie, zasadność wyboru takiej a nie innej formy organizacyjnoprawnej musi wiązać się nie tylko z analizami prawnymi, lecz przede wszystkim z tymi o charakterze finansowym – i to wykonanymi w odniesieniu zarówno do sytuacji danej jednostki budżetowej, samorządowego zakładu czy spółki, jak i danej jednostki samorządu.

Skomplikowana sytuacja nie oznacza jednak, że pewnych generalnych tez nie można postawić. W pierwszej kolejności trzeba podkreślić pewną niepisaną hierarchię: najpierw formy klasyczne, następnie formy korporacyjne – dopiero po odpowiedzeniu sobie na kluczowe pytania można dokonać zmiany formy. Po drugie, aby powołanie spółki kapitałowej miało przynieść wymierne korzyści, należy jej organy obsadzić specjalistami. Po trzecie, wykorzystywanie spółki kapitałowej jako narzędzia do poprawy stanu indywidualnego wskaźnika zadłużenia musi być poparte ważnym interesem publicznym. Albowiem dług – nawet „pozawskaźnikowy” – nadal długiem pozostanie i będzie wymagał spłaty; ten na pierwszy rzut oka truizm należy uparcie powtarzać. Po czwarte, należy wyraźnie odróżnić spółkę działającą w sferze użyteczności publicznej od tej, której działalność poza takową wykracza. I wreszcie po piąte: zdecydowanie należy opowiedzieć się za używaniem określenia „korporatyzacja” zamiast „komercjalizacja”. Chyba że zmieni się stan prawny, na co dziś nic nie wskazuje.

W związku z powyższym kwestia czy: „Korporatyzować albo nie korporatyzować?” pozostanie nadal nierozstrzygnięta, bo też i generalnego rozstrzygnięcia nie sposób obecnie dokonać. Pozostaje przytoczyć znane od wieków stwierdzenie: *a casu ad casum*.

\* \* \*

### Corporatization of the Communal Economy – an Argument for Discussion

Corporatization is a process of taking private forms or private ways of doing something by the public sector. In the global science a conflict between „corporatization” and „commercialization” terms doesn’t exist. However, Polish scientists prefer „commercialization”, but they forget that this term is a legal term, so it has very a precise meaning. In Poland corporatization is linked with local and regional self-government: communes, districts and regions. These entities often have a dilemma: what kind of organizational form should we choose? Classical forms or corporations? Due to impressive role of subject are needed: presentation of definition of corporatization and its specificity in local and regional self-government, information about classic forms and corporations, and – last but not least – short grading of corporatization. Grading is made from subjective point of view, because one of the targets of this article is to make an incentive to discuss about corporatization, especially local corporatization. Problem of corporatization turns out from the discuss and it is a negative situation.

**Key words:** corporatization, commercialization, local government, public tasks, local economy, public management



**mgr Iwo Jarosz<sup>1</sup>, mgr Aleksandra Kossowska<sup>2</sup>**

## **Wypowiedzenie umowy najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego**

### **Streszczenie:**

Zagadnienie najmu lokali jest przedmiotem nie tylko niesłabnącego zainteresowania nauki prawa i aktywności orzecznictwa, ale także działań legislacyjnych ustawodawcy, co znajduje swoje uzasadnienie w funkcjach, jakie spełnia ta instytucja zarówno w obrocie gospodarczym, jak i stosunkach społecznych – wobec zaspakajania jednej z podstawowych potrzeb ludzkich, jaką jest zapewnienie mieszkania. Na tym tle szczególne znaczenie mają zmiany wprowadzone ustawą z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości, zarówno w zakresie w jakim wprowadzają do porządku prawnego nowe instytucje oraz w jakim instytucje te odsyłają do obecnie obowiązujących przepisów w kontekście zasady spójności systemu prawnego. Autorzy dokonują analizy sposobów i możliwości jednostronnego zakończenia stosunku najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego z określeniem pojawiających się w tym przedmiocie wątpliwości interpretacyjnych. Praca, obok przeglądu dotychczasowych stanowisk doktrynalnych, zawiera własne uwagi autorów o charakterze krytycznym. Ukazuje także, w sposób nowy, przesłanki jednostronnej rezygnacji z umów najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego na tle rozwiązań ogólnych.

**Słowa kluczowe:** umowa najmu, Krajowy Zasób Nieruchomości, najem okazjonalny,

<sup>1</sup> Absolwent (2015) prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego tamże. Od 2016 r. aplikant adwokacki przy Okręgowej Izbie Adwokackiej w Krakowie.

<sup>2</sup> Autorka ukończyła w 2017 r. studia na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, w 2018 r. rozpoczęła aplikację adwokacką prowadzoną przez Okręgową Radę Adwokacką w Krakowie. Związana z Uniwersytetem Jagiellońskim poprzez działalność w Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej.

## 1. Uwagi wstępne

Najem został w polskim porządku prawa cywilnego ujęty jako łączący wynajmującego z najemcą stosunek prawny, na podstawie którego wynajmujący oddaje najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, w zamian za zapłatę umówionego czynszu (art. 659 k.c.<sup>3</sup>).

Truizmem byłoby podkreślenie doniosłości roli umów najmu we współczesnym społeczeństwie oraz obrocie gospodarczym. Warto zauważyć tylko, że najem wydaje się być jednym z niewielu typów umów nazwanych, obok sprzedaży, który występuje równie często w obrocie powszechnym, konsumenckim jak i profesjonalnym, w każdym z tych przypadków odgrywając równie istotną rolę.

### 1.1. Znaczenie najmu lokali

Powszechność najmu w obrocie prawnym wynika z tego, że w stosunkach społecznych wszelkiego rodzaju (profesjonalnych i nieprofesjonalnych) istnieje obiektywne, szerokie zapotrzebowanie na korzystanie z rzeczy cudzych, któremu ustawodawca winien zapewnić stosowne ramy prawne. Regulacja ustawowa stosunku najmu jest w konsekwencji prosta w zakresie podmiotowych i przedmiotowych wymogów. Katalog potencjalnych stron umowy najmu jest w zasadzie najszerszy z możliwych. Dla ważności stosunku najmu nie jest koniecznym, aby wynajmujący legitymował się jakimkolwiek uprawnieniem do przedmiotu najmu, zaś dla zapewnienia skutecznego oddania przedmiotu najmu do korzystania najemcy wystarcza dowolne uprawnienie w tym zakresie – w szczególności brak jest wymogu, by przedmiot najmu był własnością wynajmującego<sup>4</sup>.

Nadto zbiór możliwych przedmiotów najmu nie został w żaden sposób ograniczony, choć z uwagi na doniosłość społeczną i gospodarczą na pierwszy plan wysuwa się stosunek najmu lokalu. Za jego pomocą następuje zaspakajanie jednej z podstawowych potrzeb ludzkich, jaką jest zapewnienie mieszkania. Funkcja ta zwykle wykracza poza indywidualne potrzeby najemcy i wiąże się z zaspakajaniem potrzeb rodziny oraz innych osób „bliskich” najemcy. Jako taka jest szczególnie doniosła społecznie, co znalazło swoje odzwierciedlenie w artykule 75 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup>.

W dalszej kolejności wskazać należy, że w zakresie rygoru *ad solemnitatem*, umowa najmu może być zawarta w formie dowolnej. Wymóg zachowania formy pisemnej dla umów najmu nieruchomości lub pomieszczenia na czas dłuższy niż rok obwarowany jest konsekwencją w postaci uznania umowy za zawartą na czas nieoznaczony. Charakter *ad eventum* ma także forma pisemna z datą pewną, której zachowanie zamyka nabywcy rzeczy najętej możliwość wypowiedzenia umowy najmu rzeczy nabytej w ustawowych terminach wypowiedzenia. Najdonioślejszy wyjątek w postaci sankcji nieważności dotyczy umowy najmu okazjonalnego lokalu oraz umowy najmu instytucjonalnego – obu

---

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 459 ze zm.; dalej jako: k.c.

<sup>4</sup> Tak np. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 6 lutego 1997 r., II CKN 48/96.

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.); dalej jako: Konstytucja RP.

uregulowanych obecnie w ustawie o ochronie praw lokatorów<sup>6</sup>, do zawarcia których jest wymagana forma pisemna pod rygorem nieważności (odpowiednio art. 19a ust. 6 oraz art. 19 g u.o.p.l.)<sup>7</sup>. Swoboda wyboru formy zdaje się odpowiadać potrzebom obrotu, wynikającym z częstotliwości zawierania umów najmu i ich praktycznego znaczenia.

Ustawowa konstrukcja stosunku najmu jest istotna dla obrotu prawnego w innym jeszcze aspekcie: najem stanowi bazowe rozwiązanie, którego regulujące przepisy stanowią, w oparciu o stosowne klauzule odsyłające, o charakterystyce innych stosunków prawnych<sup>8</sup>. Należą do nich te podobne i pokrewne najmowi, jak dzierżawa (art. 694 k.c.) czy leasing (art. 709<sup>17</sup> k.c.), lecz także, w pewnym zakresie, instytucje prawa zobowiązań bardziej odległe, jak spółka (art. 862 k.c.), a nawet prawa rzeczowe – jak użytkowanie (art. 284 k.c.).

Powyższe wnioski w zakresie funkcji i roli, jaką pełni stosunek najmu w obrocie gospodarczym, potwierdza wielość regulacji oraz zmienność normatywna uzależniona od układu oraz potrzeb stosunków gospodarczych oraz społecznych w danym czasie.

Kwestia najmu lokali jest przedmiotem niesłabnącego zainteresowania nie tylko nauki prawa, ale także działań legislacyjnych ustawodawcy. Z pewnością można rzec, że jest to skorelowane ze wskazaną już wyżej doniosłością umów najmu, zwłaszcza najmu lokali, w prawie polskim.

Nie jest celem niniejszego artykułu sporządzenie przeglądu wszystkich dotychczasowych zmian oraz nowelizacji źródeł prawnych stosunku najmu. Jego ambicją jest jednak omówienie instytucji wypowiedzenia najmu w kontekście zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości<sup>9</sup>.

## 1.2. Ustawa o Krajowym Zasobie Nieruchomości a najem

Ustawa o Krajowym Zasobie Nieruchomości jest skutkiem wprowadzenia w życie zapowiadanego przez ustawodawcę programu „Mieszkanie Plus” i dokonuje istotnych zmian w ustawach regulujących funkcjonowanie rynku nieruchomości, które najprawdopodobniej w znacznym stopniu wpłyną na sektor mieszkalnictwa oraz rynek nieruchomości w szerszym ujęciu.

W preambule ustawy znajdują się odwołania do Konstytucji – art. 75, na mocy którego na władzy publicznej spoczywa obowiązek prowadzenia polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli oraz art. 5 nakazującego kierowanie się zasadą zrównoważonego rozwoju. Celem ustawy jest „wprowadzenie instrumentów zwiększających dostępność mieszkań i kształtowanie stabilnych ram budownictwa mieszkaniowego” oraz określenie zasad stworzenia i funkcjonowania Krajowego Zasobu Nieruchomości (dalej jako: KZN) – zasady kwalifikowania i przekazywania nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa na potrzeby realizacji programu,

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1610 ze zm.); dalej jako: u.o.p.l.

<sup>7</sup> W pozostałych przypadkach forma pisemna została zastrzeżona dla wywołania określonych skutków prawnych (*ad eventum*), zob. art. 660 k.c., art. 678 § 2 k.c.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Dz.U. z 2017, poz. 1529 ze zm.; dalej jako: ustawa o KZN lub u.k.z.n.

zarządzania nieruchomościami wchodzącymi w skład zasobu, zasady kwalifikowania osób uprawnionych do udziału w programie. Na szczególną uwagę zasługuje rozdział 1 u.k.z.n., w którym zdefiniowano na potrzeby regulacji ustawowej nowe w języku prawnym pojęcia, jak m.in. „czynsz normowany”, dokonano podziału najmu na „najem z opcją” oraz „bez opcji”, wreszcie zdefiniowano stosunek najmu instytucjonalnego jako nieodnoszącego się wyłącznie do Krajowego Zasobu Nieruchomości<sup>10</sup>.

Analizując treść uzasadnienia projektu ustawy, jako podstawowy cel wprowadzenia nowej regulacji wskazano „zwiększenie podaży mieszkań o umiarkowanych cenach i czynszach przez bezpośrednią aktywność inwestycyjną realizowaną w szczególności przy wykorzystaniu nieruchomości Skarbu Państwa w ramach systemu wynajmu mieszkań, w tym z opcją docelowego przeniesienia prawa własności”<sup>11</sup>. Koordynatorem wyżej wymienionych procesów i zarządcą nieruchomości jest KZN, stanowiący nową państwową osobę prawną. Rozważając racjonalność oraz konieczność wprowadzanych zmian ustawodawca w projekcie ustawy przeprowadził analizę interesów inwestorów, Skarbu Państwa oraz najemców, stawiając w dalszej kolejności wnioski, że zostały one na gruncie nowej ustawy w dostatecznym stopniu zrównoważone. W kontekście interesów najemców uzasadnienie projektu ustawy wymienia:

- 1) jawny i transparentny sposób naboru najemców, za pośrednictwem KZN, łatwo dostępną informację,
- 2) realną ochronę wysokości czynszu,
- 3) wyłącznie ustawowo określone przesłanki wypowiedzenia umowy,
- 4) gwarancję zakupu mieszkania przez najemcę (o ile wyrazi taką wolę)<sup>12</sup>.

W dalszej kolejności ustawa przedstawia nową instytucję w polskim prawie w postaci najmu mieszkania z możliwością docelowego jego zakupu przez najemcę. Celem jej wprowadzania ma być „uregulowanie możliwości dochodzenia do własności mieszkaniowej, bez konieczności zaciągania wieloletniego kredytu hipotecznego”<sup>13</sup>. Zgodnie z projektem ustawy możliwość zawarcia umowy najmu związanego z prawem najemcy do nabycia prawa własności mieszkania dotyczy wszystkich mieszkań przeznaczonych na ten cel w KZN. W tym zakresie wprowadzono dwa istotne ograniczenia dotyczące umowy najmu, tj. najemcą może być wyłącznie osoba fizyczna i najemca nie będzie miał możliwości podnajmowania mieszkania, przy czym ograniczenie to nie będzie miało zastosowania w przypadku podnajmu na rzecz osoby, względem której na najemcy ciąży obowiązek alimentacyjny.

Ustawa o KZN dokonuje także licznych zmian w innych aktach prawnych. Do najnowszej należy zmiana w ustawie o ochronie praw lokatorów polegająca na wprowadzeniu do porządku prawnego instytucji najmu instytucjonalnego. Jak stanowi art. 19f ust. 1 u.o.p.l., umową najmu instytucjonalnego jest umowa najmu lokalu mieszkalnego zawierana przez osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie wynajmowania lokali.

<sup>10</sup> M. Kamiński, *Założenia Ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości*, *Nieruchomości* 2017, nr 9, s. 33.

<sup>11</sup> Uzasadnienie projektu u.k.z.n., druk sejmowy nr 1726, Sejm VIII kadencji, s. 39–42.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

W uzasadnieniu projektu u.k.z.n. wprowadzającej przepisy o najmie instytucjonalnym wskazano, że najem ten stanowi „nowy rodzaj umowy nazwanej”. Stwierdzenie to jest jednak mylące. Przepisy o najmie instytucjonalnym nie wskazują bowiem *essentialium negotii* umowy najmu instytucjonalnego. Tym samym jej *essentialibus negotii* należy ustalić na podstawie art. 659 § 1 k.c., uznając, że będą to: określenie przedmiotu najmu oraz wysokości czynszu<sup>14</sup>, co uprawnia do postawienia wniosku, że umowa najmu instytucjonalnego jest w istocie podtypem umowy najmu zdefiniowanej w art. 659 § 1 k.c.

Należy przy tym dostrzec, że stosunek najmu instytucjonalnego będzie kolejnym już znanym polskiemu prawu zmodyfikowanym modelem bazowego stosunku najmu lokalu. W polskim porządku prawnym wyróżnić można:

- 1) najem lokalu na zasadach ogólnych (regulowany k.c.),
- 2) najem poddany regulacji u.o.p.l. (modyfikującej zasady kodeksowe),
- 3) najem okazjonalny,
- 4) najem instytucjonalny (oba również regulowane u.o.p.l., ale z dalszymi istotnymi modyfikacjami).

Wspomnieć należy także o odmiennościach dotyczących specyficznych przypadków najmu, określonych w dalszych przepisach odrębnych, dotyczących stosunków najmu ze spółdzielniami mieszkaniowymi jako wynajmującymi (u.s.m.<sup>15</sup>) bądź też towarzyszami budownictwa społecznego (u.p.b.m.<sup>16</sup>).

Tak dalekie i szerokie zróżnicowanie ustawowych odmian stosunku najmu należy ocenić negatywnie. Ustawodawca stworzył szereg norm kazuistycznie określających poszczególne aspekty każdego z podtypów najmu w zakresach istotnych z punktu widzenia danej regulacji. Powstała w ten sposób regulacja rozproszona i niejednolicie określająca uprawnienia i obowiązki stron.

## 2. Wypowiedzenie stosunku najmu okazjonalnego i instytucjonalnego

### 2.1. Wypowiedzenie stosunków prawnych terminowych oraz bezterminowych o charakterze ciągłym

Na gruncie zasad ogólnych Kodeksu cywilnego przyjmuje się, że zobowiązanie ma charakter ciągły jeżeli przynajmniej jedna z jego stron jest zobowiązana do spełniania świadczenia okresowego lub świadczenia ciągłego<sup>17</sup>. Zobowiązania ciągłe mogą być z kolei ukształtowane przez ustawę lub czynność prawną jako terminowe (określony jest termin w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, którego zaistnienie spowoduje wygaśnięcie

<sup>14</sup> J. Zawadzka, *Najem instytucjonalny lokali mieszkalnych*, Monitor Prawniczy 2017, nr 21, s. 1133 i nast.

<sup>15</sup> Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych z dnia 15 grudnia 2000 r. (t.j. Dz.U. z 2013, poz. 1222 ze zm.); dalej jako: u.s.m.

<sup>16</sup> Ustawa o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego z dnia 26 października 1995 r. (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 79 ze zm.); dalej jako: u.p.b.m.

<sup>17</sup> Tak T. Dybowski, A. Pyrżyńska [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2012, s. 220–221, nb. 65–66; odmiennie T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do art. 450–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2013, art. 365<sup>1</sup>, pkt 1, który ogranicza kategorię zobowiązań ciągłych do tych, które mają za swój przedmiot świadczenie ciągłe.



zobowiązania ciągłego) lub bezterminowe (nie można wskazać czasu trwania zobowiązania – zarówno na podstawie ustawy, czynności prawnej, jak i czynników kształtujących treść stosunku prawnego). To ostatnie pojęcie uważa się za równoważne pojęciu stosunku prawnego zawartego na czas nieoznaczony w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego<sup>18</sup>.

Pomimo obowiązywania w polskim systemie prawa cywilnego zasady *pacta sunt servanda*, w stosunki prawne o charakterze ciągłym, zarówno te terminowe, jak i te bezterminowe, „wbudowany” jest mechanizm pozwalający na ich zakończenie w postaci prawa wypowiedzenia, który to mechanizm pozwala na przyjęcie istnienia zasady ograniczonego trwania w czasie stosunku zobowiązaniowego, jako zasady prawa zobowiązań o charakterze dyrektywalnym<sup>19</sup>. Na potrzeby niniejszej pracy wypowiedzenie zostanie zdefiniowane jako oświadczenie jednej ze stron skierowane do drugiej strony stosunku prawnego, że stosunek prawny ulega rozwiązaniu na żądanie strony wypowiadającej umowę<sup>20</sup>.

Na zasadzie art. 365<sup>1</sup> k.c. bezspornym jest, że dopuszczalne jest wypowiedzenie bezterminowej umowy o charakterze ciągłym w dowolnym czasie przez każdą ze stron umowy. Powołany przepis ma w opisywanym zakresie charakter bezwzględnie obowiązujący. Strony nie mogą bowiem w umowie wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia jednej ze stron lub obu do swobodnego wypowiedzenia zobowiązania bezterminowego o charakterze ciągłym<sup>21</sup>. W doktrynie wskazano, że konsekwencją obowiązywania zasady ograniczonego w czasie trwania stosunku zobowiązaniowego w odniesieniu do zobowiązań ciągłych jest nie tylko zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony, w których strony wyłączyłyby zastosowanie art. 365<sup>1</sup> k.c., lecz także zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony z ograniczeniem okoliczności uzasadniających wypowiedzenie, w tym tylko dla jednej ze stron; zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony z nadmiernie długim terminem wypowiedzenia; zakaz zawierania umów z nadmiernie długim terminem początkowym lub warunkiem zawieszającym wywołującym zbliżony skutek oraz zakaz zawierania umów na czas oznaczony z nadmiernie długim terminem końcowym lub warunkiem rozwiązującym wywołującym zbliżony skutek<sup>22</sup>.

Przewidziana w art. 365<sup>1</sup> k.c. zasada nie odnosi się do zobowiązań ciągłych o charakterze terminowym. Stąd niekiedy w doktrynie podkreśla się, że zobowiązania te mogą być wypowiedziane przed upływem terminu ich wygaśnięcia jedynie w wypadkach określonych w przepisach szczególnych<sup>23</sup>. Słusznie zatem przyjmuje się, że nie oznacza to *a contrario*, że strony nie mogą w umowie zawartej na czas oznaczony przyznać jednej

<sup>18</sup> T. Dybowski, A. Pyrżyńska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, 2013, s. 221, nb. 66.

<sup>19</sup> A. Pyrżyńska [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 365<sup>1</sup>*, red. M. Gutowski, nb. 6.

<sup>20</sup> L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań: komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, s. 915; zob. szerzej R. Szmidt, *Wypowiedzenie zobowiązania – uwagi na tle wykładni art. 365<sup>1</sup> k.c.*, SPP 2008, nr 2, s. 76 i nast.

<sup>21</sup> Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., V CSK 391/12, OSNC 2014, Nr 2, poz. 22.

<sup>22</sup> A. Pyrżyńska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 13.6.2013 r., V CSK 391/12*, OSP 2014, Nr 11, poz. 103, s. 1444–1445.

<sup>23</sup> T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do art. 450–1088*, red. M. Gudowski, Warszawa 2013, cz. 1, art. 365<sup>1</sup>, pkt 2.

z nich prawa jej wypowiedzenia. Możliwość taka wynika bowiem dla nich ze swobody umów<sup>24</sup>, chyba że co innego wynika z samego charakteru takiej umowy jako nazwanej<sup>25</sup>.

## 2.2. Wypowiedzenie najmu lokalu – znaczenie i kontrowersje

Silnym źródłem napięć pozostaje z oczywistych względów kwestia wypowiedzenia stosunku najmu. Niezależnie od zagadnienia scedowania pewnych obowiązków państwa (o ile programową normę z art. 75 Konstytucji RP wiązać należy z takimi obowiązkami, co w świetle panujących przekonań doktryny wydaje się uzasadnione<sup>26</sup>) na właścicieli i innych uprawnionych do lokali mieszkalnych, zawsze aktualna pozostaje konieczność zapewnienia wynajmującemu możliwości skrócenia stosunku najmu niewykonywanego bądź wadliwie wykonywanego przez najemcę, przy jednoczesnym zabezpieczeniu praw najemcy. Konstrukcje normatywne wypowiedzenia poszczególnych typów umów najmu lokalu zdają się wynikać bezpośrednio z kwestii przedmiotowych i podmiotowych, przewidując najdalej idące restrykcje przy umowie najmu lokalu mieszkalnego objętej u.o.p.l., zaś zasadniczą swobodę wypowiedzenia (z zachowaniem terminów oraz z uwzględnieniem kwestii określenia ważnych przyczyn w umowie) statuują w wypadku umowy najmu poddanej tylko regulacjom k.c., w przypadku której zasadniczo stosowania jej można oczekiwać głównie w relacjach w obrocie obustronnie profesjonalnym (B2B) lub tam, gdzie przedmiotem umowy nie jest lokal służący zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych ani pracownia twórcy.

Wyłomem w opisanej wyżej logice są konstrukcje umów najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego. Te pozornie zawężają zakres przyczyn wypowiedzenia w stosunku do generalnych zasad u.o.p.l., lecz jednocześnie otwierają stosunki prawne im poddane na możliwość wprowadzenia do umów klauzul wypowiedzenia ich przed czasem – na ogólnych zasadach k.c.

## 2.3. Konstrukcja normatywna instytucji wypowiedzenia stosunków najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego

Konstrukcja normatywna instytucji wypowiedzenia stosunków najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego została ukształtowana odmiennie od „zwykłej” regulacji najmu lokalu – poprzez modyfikację zestawu podstaw wypowiedzenia. Pomimo pewnych różnic pomiędzy tymi omawianymi podtypami najmu, w zasadniczej części przesłanki ich wypowiedzenia są zbieżne, co umożliwia rozpoczęcie od ich wspólnego omówienia, by dalej przejść do nielicznych różnic.

Nim jednak przystąpi się do omówienia sposobu i przesłanek wypowiedzenia obu wskazanych typów umów, powróćć wypada do rekapitulacji ich charakterystyki, której uwzględnienie zdaje się wpływać na osiągnięty przez ustawodawcę kształt regulacji wypowiedzenia.

<sup>24</sup> Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r., IV CSK 208/14, Legalis.

<sup>25</sup> Zob. np. umowę dożywocia – art. 908 i nast. k.c.

<sup>26</sup> Por. P. Mikłaszewicz [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 75 Konstytucji, nb. 25–30.

Jeżeli chodzi o zakres podmiotowy obu stosunków, zauważyć należy, że przed wejściem w życie ustawy o KZN, tj. przed dniem 11 września 2017 r. (a po 22 listopada 2013 r.) przepisy dotyczące najmu okazjonalnego nie zawężyły w żaden sposób kręgu podmiotów, które mogły być wynajmującym w stosunku najmu okazjonalnego. Wynajmującym mogła być więc każda osoba dysponująca lokalem służącym do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, w szczególności mogła nim być osoba prawna<sup>27</sup>. Po wejściu w życie ustawy o KZN umowę najmu okazjonalnego jako wynajmujący znów może zawrzeć tylko osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej w zakresie wynajmowania lokali.

Osobę występującą po stronie wynajmującego określa się w przepisach o najmie okazjonalnym lokalu terminem „właściciel”. Słusznie jednak przyjmuje się, że nie ogranicza to tej postaci najmu do sytuacji, gdy wynajmującemu przysługuje prawo własności lokalu<sup>28</sup>. W myśl bowiem art. 19e u.o.p.l. do najmu okazjonalnego lokalu stosuje się art. 2 u.o.p.l., który w ust. 1 pkt 2 wyjaśnia, że właścicielem w rozumieniu tej ustawy jest wynajmujący lub inna osoba udostępniająca lokal do używania na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego. Wobec tego należy przyjąć, że w przepisach o najmie okazjonalnym lokalu pojęcie „właściciel” odnosi się do każdego wynajmującego (nie tylko do będącego właścicielem lokalu), a także do podnajmującego lokal.

Wskazana powyżej zmiana legislacyjna pod względem podmiotowym była konsekwencją wprowadzenia do ustawy u.o.p.l. instytucji najmu instytucjonalnego, który w opozycji do najmu okazjonalnego w roli wynajmującego stawia osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie wynajmowania lokali (art. 19f ust. 1 u.o.p.l.). Brak bliższego doprecyzowania w art. 19f ust. 1 u.o.p.l. podmiotów, które mogą być wynajmującymi w stosunkach najmu instytucjonalnego pozwala przyjąć – analogicznie do uwag poczynionych w przedmiocie najmu okazjonalnego – że wynajmującym może być każdy „właściciel” lokalu w rozumieniu definicji sformułowanej w art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.p.l., o ile jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie wynajmowania lokali<sup>29</sup>.

Regulacje najmu okazjonalnego i instytucjonalnego znajdują zastosowanie do tych tylko stosunków najmu, w których po stronie najemcy występuje osoba fizyczna – a to z uwagi

<sup>27</sup> W pierwotnym brzmieniu art. 19a ust. 1 u.o.p.l. stanowił, że umowę najmu okazjonalnego może zawrzeć „właściciel, będący osobą fizyczną”, który nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie wynajmowania lokali. Przepis ten został zmieniony z dniem 22 listopada 2013 r., kiedy weszła w życie ustawa z dnia 27 września 2013 r. o pomocy państwa w nabyciu pierwszego mieszkania przez młodych ludzi, uchylająca to ograniczenie. Zmianę tę uzasadniono chęcią rozszerzenia możliwości stosowania najmu okazjonalnego. Ustawodawca uwzględnił tym samym postulaty i wnioski o umożliwienie korzystania z najmu okazjonalnego także przez osoby prawne i wynajmujących będących osobami fizycznymi, prowadzących działalność gospodarczą (Druk sejmowy VI kadencji Nr 1421, s. 31).

<sup>28</sup> Inaczej R. Szytyk, *Przywrócenie okazjonalnej umowy najmu lokalu*, Rejent 2010, nr 5, s. 70. Zdaniem autora z definicji legalnej umowy najmu okazjonalnego wynika, że „wynajmującym może być tylko osoba fizyczna, która jest właścicielem mieszkania lub domu oraz posiadająca własnościowe spółdzielcze prawo do lokalu”.

<sup>29</sup> J. Zawadzka, *Najem...*, s. 1134.



na brzmienie ogólnych zasad u.o.p.l. Pomimo doktrynalnych kontrowersji dotyczących tego, czy lokatorem na gruncie u.o.p.l. może być inny podmiot niż osoba fizyczna<sup>30</sup>, należy zgodzić się ze stanowiskiem, zgodnie z którym zdefiniowanie przez ustawodawcę lokalu jako służącego zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych wskazuje na to, że lokatorem może być jedynie osoba fizyczna. Analiza pojęciowa wskazuje bowiem, że tylko osoba fizyczna może mieć potrzeby mieszkaniowe i zdolna jest bezpośrednio do korzystania z lokalu w charakterze mieszkania<sup>31</sup>. Podobne wnioski z ustawowej definicji umowy najmu okazjonalnego wysuwają przedstawiciele doktryny odnosząc się wprost do tego podtypu stosunku najmu<sup>32</sup>. W konsekwencji, w przypadkach, gdy najemcą będzie inny podmiot, możliwość i dopuszczalność wypowiedzenia umowy przez obie strony określana będzie samymi przepisami Kodeksu cywilnego<sup>33</sup>.

Jednocześnie, jak się wydaje, nawet pomimo określenia zawieranych umów jako najmu okazjonalnego lub instytucjonalnego, do takich stosunków, które nie podlegają regulacjom u.o.p.l. ze względów przedmiotowych, odnosić się będą ogólne zasady z Kodeksu cywilnego. Chodzi tu o takie przypadki relacji najmu, których przedmiotem nie jest lokal służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych bądź będący pracownią służącą twórcy do prowadzenia działalności w dziedzinie kultury i sztuki. Przesądza o tym definicja „lokalu” na gruncie u.o.p.l. (art. 2 ust. 1 pkt 4). Oznacza to, że obok wprost wymienionych w przepisie art. 2 ust. 1 pkt 4 u.o.p.l. jako wysunięte poza zakres normowania ustawy pomieszczeń przeznaczonych na krótkotrwały pobyt osób, wyłączone spod regulacji u.o.p.l. są wszelkie lokale wykorzystywane do innych celów niż wskazane w tym przepisie (a więc celów mieszkalnych bądź prowadzenia pracowni twórcy). Przychylić się trzeba do poglądu, zgodnie z którym relewantne z punktu widzenia stosowania regulacji u.o.p.l. jest kryterium rzeczywistego wykorzystywania lokalu, nie zaś jego abstrakcyjnie ujęte przeznaczenie (np. wieczystoksięgowy status lokalu o przeznaczeniu innym niż mieszkalne). Do wniosku takiego można dojść w drodze analizy językowej przepisu. Nie bez powodu posługuje się on bowiem frazą „służący do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych”, nie zaś pojęciami podobnymi, lecz o istotnie różnym znaczeniu, w rodzaju „przeznaczony/zaprojektowany do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych”.

Charakterystyczną cechą obu omawianych podtypów umów najmu jest też to, że mogą być one zawierane tylko na czas oznaczony. Mogłoby to skłaniać do pochopnych wniosków, że wobec tego do ich istoty powinno należeć wyłączenie lub dalekie ograniczenie możliwości ich wypowiedzenia. Przy tym zauważyć jednak trzeba, że o ile najem

<sup>30</sup> Za brakiem podstaw do wyłączenia spod definicji „lokatora” podmiotów innych niż osoby fizyczne, w tym osób prawnych, opowiada się np. A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis/el. 2015, komentarz do art. 2 ustawy, teza 2.

<sup>31</sup> Tak np. J. Chęciński, *op.cit.*, Legalis/el. 2013, komentarz do art. 2 ustawy, teza 4; K. Pałka, J. Zawadzka [w:] K. Osajda (red.), *op.cit.*, komentarz do art. 2, teza 28.

<sup>32</sup> Tak też A. Kaźmierczyk, *Najem okazjonalny lokali mieszkalnych w świetle zasady swobody umów* [w:] *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, red. B. Gneta, Warszawa 2010, s. 504–505; S. Minkina, *Najem okazjonalny lokalu w świetle ustawy z 17 grudnia 2009 r.*, *Radca Prawny* 117/2011 – Dodatek Naukowy, s. 22 D oraz M. Walasik, *Poddanie się egzekucji przez najemcę okazjonalnego*, *Rejent* 2011, nr 3, s. 105–106.

<sup>33</sup> K. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op.cit.*, komentarz do art. 673.

okazjonalny zawarty może być na czas oznaczony nie dłuższy niż dziesięć lat (art. 19a ust. 1 u.o.p.l.), to przy najmie instytucjonalnym może to z definicji być okres dłuższy. Art. 19f ust. 2 u.o.p.l. nie wskazuje żadnego ograniczenia, przy jednoczesnym wyłączeniu art. 661 § 1 k.c., co – jak wskazano w uzasadnieniu ustawy o KZN<sup>34</sup> – ma mieć takie znaczenie, że pozwoli na zawieranie długoterminowych stosunków najmu, pozostających jednak zawartymi na czas oznaczony, co ma pozwolić realizować cele, jakie ma spełniać ustawa o KZN. Trudno byłoby zatem wyobrazić sobie brak możliwości wypowiedzenia tak zawieranych umów. I rzeczywiście, ustawodawca przesądził, że zarówno umowa najmu okazjonalnego, jak i instytucjonalnego, wygasają po upływie okresu wypowiedzenia (odpowiednio art. 19d ust. 1 oraz 19i ust. 1). Z przytoczonych uregulowań wynika więc jasno, że wypowiedzenie obu omawianych stosunków prawnych jest możliwe.

Otwartą pozostaje więc kwestia podstaw wypowiedzenia, sposobu dokonania tego oraz terminów wypowiedzeń. Metoda regulacji wybrana przez ustawodawcę przy kształtowaniu przepisów dotyczących najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego polega na generalnym wyłączeniu zastosowania przepisów u.o.p.l. (co w przypadku najmu okazjonalnego wynika z art. 19e u.o.p.l., dla najmu instytucjonalnego jest to zaś art. 19j), przy jednoczesnym wskazaniu – a w zasadzie enumeratywnym<sup>35</sup> wyliczeniu – przepisów, które zastosowanie znajdują. Zamiast zbiorczo wyłączonych przepisów u.o.p.l. zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego o najmie<sup>36</sup>.

Pośród przepisów, których stosowanie ustawodawca nakazuje, znaleźć można art. 11 ust. 2 pkt 1–3 u.o.p.l., określające niektóre podstawy wypowiedzenia umowy o odpłatne korzystanie z lokalu służącego do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych. Odsyłają do nich zarówno art. 19e – dla najmu okazjonalnego, jak i art. 19j u.o.p.l. – dla najmu instytucjonalnego. Zidentyfikować więc można podstawy wypowiedzenia najmu okazjonalnego jak i instytucjonalnego przez wynajmującego. Wynajmujący może wypowiedzieć umowę najmu okazjonalnego bądź instytucjonalnego, gdy lokator:

- 1) pomimo pisemnego upomnienia, nadal używa lokalu w sposób sprzeczny z umową lub niezgodnie z jego przeznaczeniem lub zaniedbuje obowiązki, dopuszczając do powstania szkód, lub niszczy urządzenia przeznaczone do wspólnego korzystania przez mieszkańców albo wykracza w sposób rażący lub uporczywy przeciwko porządkowi domowemu, czyniąc uciążliwym korzystanie z innych lokali (art. 11 ust. 2 pkt 1),
- 2) jest w zwłoce z zapłatą czynszu lub innych opłat za używanie lokalu co najmniej za trzy pełne okresy płatności, pomimo uprzedzenia go na piśmie o zamiarze wypowiedzenia stosunku prawnego i wyznaczenia dodatkowego, miesięcznego terminu do zapłaty zaległych i bieżących należności (art. 11 ust. 2 pkt 2),
- 3) wynajął, podnajął albo oddał do bezpłatnego używania lokal lub jego część bez wymaganej pisemnej zgody właściciela (art. 11 ust. 2 pkt 3).

<sup>34</sup> Uzasadnienie projektu u.k.z.n., s. 39–42.

<sup>35</sup> Enumeratywny charakter tego wyliczenia wydaje się, w świetle reguł wykładni językowej, oczywisty, co dostrzega także doktryna.

<sup>36</sup> Tak K. Zdun-Załęska, *Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Komentarz*, LEX/el. 2014, komentarz do art. 19e ustawy, teza 1.

Są to zatem podstawy wynikające z okoliczności zawinionych przez najemcę. Termin wypowiedzenia umowy najmu okazjonalnego bądź instytucjonalnego w oparciu o każdą z omawianych podstaw wynosił będzie jeden miesiąc, upływając z końcem miesiąca kalendarzowego (zasada z art. 11 ust. 2 u.o.p.l.).

Nadto, w przypadku najmu okazjonalnego, znaleźć można w ustawie odrębną podstawę wypowiedzenia umowy przez wynajmującego. Otóż zgodnie z art. 19a ust. 3 u.o.p.l., jeżeli lokator utraci prawo do korzystania z innego lokalu, który wskazał on, zgodnie art. 19a ust. 2 ustawy, jako lokal, gdzie będzie mógł zamieszkać w przypadku wykonania egzekucji obowiązku opróżnienia lokalu, jest on zobowiązany wskazać w terminie 21 dni inny lokal o takim charakterze. Uchybienie temu obowiązkowi skutkuje możliwością skorzystania przez wynajmującego z uprawnienia do wypowiedzenia umowy na podstawie art. 19d ust. 5 u.o.p.l., z zachowaniem siedmiodniowego terminu wypowiedzenia. Jest to instytucja o tyle interesująca, że stanowi pewien wyłom w logice najmu okazjonalnego. Zamysł leżący u podwalin regulacji najmu okazjonalnego polega na powiązaniu obowiązku poddania się przez najemcę egzekucji z jednoczesnym wskazaniem lokalu, do którego nastąpić może egzekucja obowiązku opróżnienia lokalu będącego przedmiotem najmu okazjonalnego. Jak się zatem wydaje, poluzowanie rygorów ochronnych miało w założeniu być niejako łagodzone przez założenie dostępności tego stosunku tylko dla najemców legitymujących się możliwością korzystania z innego lokalu. Tymczasem jednak, wzięwszy pod rozwagę treść art. 19d ust. 5 u.o.p.l., stwierdzić trzeba, że tak określona równowaga jest zjawiskiem raczej teoretycznym.

Nieco inaczej rzecz ma się w przypadku najmu instytucjonalnego. Tam bowiem oświadczenie najemcy o poddaniu się egzekucji nie jest powiązane ze wskazaniem lokalu, do którego egzekucja będzie realizowana. Zastępuje je oświadczenie najemcy o przyjęciu do wiadomości, że w razie konieczności wykonania powyższego zobowiązania prawo do lokalu socjalnego ani pomieszczenia tymczasowego nie przysługuje (art. 19f ust. 3 u.o.p.l.). Z rozwiązania takiego nie wynika jednak żadna podstawa do wypowiedzenia tej umowy, jedynie zaś konieczność poniesienia przez najemcę konsekwencji w postaci ewentualnej eksmisji<sup>37</sup>, realizowanej z pominięciem postępowania rozpoznawczego<sup>38</sup>.

Zwraca uwagę, że odesłania z artykułów 19e i 19j u.o.p.l. nie obejmują ustępu 1 artykułu 11 u.o.p.l. – tego, który wskazuje, że umowa o odpłatne używanie lokalu może przez właściciela (wynajmującego) zostać wypowiedziana jedynie na podstawach określonych w przepisach tam wymienionych. Pojawia się zatem pytanie, czy w świetle powyższego umowa najmu okazjonalnego bądź instytucjonalnego może zostać przez wynajmującego wypowiedziana w oparciu o inne podstawy – przy czym oczywiście chodzić musiałoby tutaj o podstawy wynikające z Kodeksu cywilnego, albowiem umowa najmu okazjonalnego, pomimo szczątkowej regulacji w u.o.p.l., pozostaje nadal umową najmu i podobnie rzecz ma się z umową najmem instytucjonalnym.

<sup>37</sup> J. Zawadzka [w:] K. Osajda (red.), *op.cit.*, komentarz do art. 19i.

<sup>38</sup> Ustawa przewiduje bowiem ścieżkę prowadzącą od sporządzenia przez właściciela żądania eksmisji, przez postępowanie klauzulowe, po przymusową realizację tego obowiązku w drodze egzekucji prowadzonej na podstawie tytułu wykonawczego – oświadczenia o poddaniu się egzekucji.

Wydaje się, że zastosowanie punktów 1–3 z ust. 2 art. 11 u.o.p.l. wyłączać będzie zastosowanie analogicznych podstaw z Kodeksu cywilnego na zasadzie przepisów szczególnych derogujących te ogólne (chodzić będzie tu odpowiednio o art. 667 § 2 k.c. w zw. z art. 680 k.c., art. 685 k.c. oraz art. 687 k.c.). Nie ma jednak podstawy, by wyłączyć możliwość wypowiedzenia omawianych typów umów przez wynajmującego na zasadach ogólnych – tj. na zasadzie art. 673 § 2 i 3 w zw. z art. 680 k.c.<sup>39</sup>, w oparciu o wskazane w umowie podstawy (ze szczególnym uwzględnieniem charakterystycznej podstawy „z ważnych przyczyn”, o której mowa była wyżej).

Dostrzec można także inną konsekwencję wyłączenia zastosowania ust. 1 art. 11 u.o.p.l. Wskutek niestosowania tego przepisu upada wymóg dokonania wypowiedzenia w formie pisemnej, bezwzględnie zastrzeżony *ad solemnitatem* w art. 11 ust. 1 u.o.p.l. dla wypowiedzenia umów objętych regulacją tego przepisu. W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 77 § 2 k.c. – zawsze, z uwagi na wymóg formy pisemnej dla zawarcia umowy najmu okazjonalnego oraz umowy najmu instytucjonalnego. Nasuwać się mogą także wątpliwości co do tego, czy wynajmujący jest zobowiązany nazwać (opisać słownie) podstawę faktyczną wypowiedzenia, czy wystarczające jest podanie podstawy prawnej. W szczególności dalej zastanawiać może, czy podstawę wypowiedzenia trzeba na tle u.o.p.l. wyraźniej opisać – wykazać relację między faktami a ich prawną oceną, według siatki pojęciowej z art. 11 u.o.p.l. Uznać należy, że podanie samej podstawy prawnej jest wystarczające do zdekodowania przez najemcę podstawy wypowiedzenia i nie jest konieczny w tym zakresie ani werbalny opis faktycznej przyczyny wypowiedzenia, ani dokonywanie subsumpcji i jej odtwarzanie. Ochronny cel norm u.o.p.l. wskazywałby na to, że podanie przyczyny wypowiedzenia ma umożliwiać polemikę, podjęcie obrony przed wypowiedzeniem i, w dalszej kolejności, eksmisję. Częstokroć szerszy opis podstawy faktycznej wypowiedzenia byłby niepraktyczny – na przykład nieuregulowanie czynszu za trzy pełne okresy płatności jest okolicznością niewymagającą dalszego klarowania. Niekiedy jedynie szczątkowy opis faktycznej podstawy wypowiedzenia jest jedynym, czego w sposób rozsądny można wymagać od wynajmującego. Przykładowo, z punktu widzenia przesłanek z art. 11 ust. 3 pkt 1 istotne jest tylko niezamieszkiwanie przez najemcę przez przepisany okres w lokalu będącym przedmiotem najmu. Nie wynika z cytowanego przepisu, by na wynajmującym spoczywał ciężar dowodu, pod jakim adresem i przez jaki czas mieszka lokator. Ta konkretnie podstawa nie znajduje zastosowania w przypadku najmu okazjonalnego lub instytucjonalnego, przykład ukazuje chyba jednak prawidłowe rozumowanie w tym zakresie.

Zwraca uwagę, że pośród odesłań zamieszczonych przez ustawodawcę w art. 19e i 19j u.o.p.l. nie zmieściło się to kierowane do art. 6g, statuującego obowiązek informowania o zmianach teleadresowych i kształtującego w tym zakresie negatywne konsekwencje w razie uchybienia temu obowiązkowi. To przeoczenie, w sposób niezasadny kształtujące pozycję stron stosunku najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego odmiennie niż w przypadku „zwykłego” najmu lokalu mieszkaniowego, należałoby postrzegać w kategoriach błędu legislacyjnego. W tym kontekście należałoby wysunąć *de lege ferenda*

<sup>39</sup> Konkluzję tę podziela m.in. J. Chaciński, *op.cit.*, komentarz do art. 19d, teza 1 (nb. 1 *in fine*), a także J. Zawadzka [w:] Osajda, *op.cit.*, komentarz do art. 19i, teza 7.

postulat rektyfikowania tego przeoczenia poprzez dodanie stosownego odesłania. Do momentu naprawienia owego błędu należałoby radzić wynajmującym, aby przy zawieraniu umów najmu okazjonalnego bądź instytucjonalnego zadbali o wprowadzenie stosownych, być może analogicznych do art. 6g u.o.p.l., postanowień określających sposób wzajemnego zawiadamiania stron o adresach do doręczeń.

#### 2.4. Wypowiedzenie umowy najmu okazjonalnego i instytucjonalnego przez najemcę

Nasuwa się pytanie, czy omówione wyżej podstawy wypowiedzenia wyczerpują cały zbiór. Na tak postawione zagadnienie już wstępnie wypada udzielić odpowiedzi negatywnej. Pobieżne nawet wejrzenie na te podstawy pozwala bowiem stwierdzić, że nie dotyczą one możliwości wypowiedzenia umowy przez najemcę. W tym kontekście należy uznać, że – podobnie jak w podstawowym stosunku najmu objętym u.o.p.l. – najemca może wypowiedzieć umowę najmu okazjonalnego i instytucjonalnego na ogólnych podstawach z Kodeksu cywilnego.

Ograniczenia wynikające z art. 11 u.o.p.l., do którego odsyłają odnośne przepisy dotyczące najmu okazjonalnego i instytucjonalnego, będą mieć zastosowanie jedynie do wynajmującego – zostały wprowadzone do systemu jako elementy ochrony interesów najemcy (lokatora). W efekcie lokator skorzystać może ze wszystkich omówionych wyżej podstaw wypowiedzenia wynikających z k.c.

Zatem najemca może – podlegający u.o.p.l. stosunek najmu zawarty na czas nieoznaczony – wypowiedzieć przy zachowaniu terminów umownych, względnie, w ich braku – ustawowych (art. 673 § 1 i 2 w zw. z art. 688 k.c.). Ustawowe terminy wypowiedzenia najmu lokalu zostały ustalone z uwzględnieniem terminów płacenia czynszu. Zgodnie z art. 688 k.c., w umowach najmu lokalu, o ile czynsz płatny jest miesięcznie, zarówno najemca, jak i wynajmujący (co oczywiście nie znajdzie zastosowania do stosunków objętych regulacją u.o.p.l.), mogą wypowiedzieć najem na trzy miesiące naprzód na koniec miesiąca kalendarzowego. Termin ten jest zatem przedłużony w porównaniu do miesięcznego terminu wynikającego z art. 673 § 2 k.c. Jeżeli czynsz płatny jest w innych interwałach niż miesięczne, zastosowanie znajdują reguły ogólne. Trafnie jednak zwraca się uwagę w doktrynie<sup>40</sup>, że art. 688 k.c. jest o tyle doniosły, iż w przypadku najmu lokalu zawartego na czas nieoznaczony, co do zasady, o ile umowa nie stanowi inaczej, czynsz najmu płatny jest miesięcznie (art. 669 k.c.).

Należy przy tym zaznaczyć, że wymienione w art. 673 § 2 terminy ustawowe odnoszą się nie tylko do wypowiedzenia najmu na podstawie art. 673 § 1. Stosuje się je również w razie tzw. przedwczesnego zakończenia najmu za wypowiedzeniem w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 691, 692 k.c.), zarówno do najmu zawartego na czas oznaczony, jak i nieoznaczony.

W przypadku umów zawartych na czas oznaczony, dopuszczalność ich wypowiedzenia z zachowaniem terminów wypowiedzenia początkowo była sprawą kontrowersyjną. Dodanie § 3 do art. 673 k.c. (co nastąpiło w dniu 10 lipca 2001 r. na skutek wejścia w życie u.o.p.l.) przesądziło ostatecznie o dopuszczalności takiego wypowiedzenia

<sup>40</sup> J. Panowicz-Lipska, *System...*, s. 132.



w przypadku, gdy strony przewidziały taką możliwość w umowie. W aktualnym stanie prawnym za dyskusyjne uznaje się:

- 1) problem stopnia uściślenia przyczyn wypowiedzenia,
- 2) problem różnicowania uprawnień poszczególnych stron w zakresie prawa wypowiedzenia,
- 3) problem oceny zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia z „przyczyn dowolnych”.

W praktyce pojawiają się dwa modele wskazywania przyczyn wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony. Pierwszy model polega na enumeratywnym wyliczeniu takich przyczyn. Z reguły są one skonkretyzowane, choć praktyka pokazuje szczególne upodobanie stron do posługiwania się zwrotami niedookreślonymi (np. w razie dokonania „poważnych” zmian w przedmiocie najmu; zaistnienia „istotnych” zaniechań; w razie „znacznego” zagrożenia dla przedmiotu najmu; „szczególnych uciążliwości” w wykonaniu umowy itp.). Drugi model polega na zamieszczeniu w umowie klauzuli pozwalającej na wypowiedzenie umowy najmu z „ważnych przyczyn”. W judykaturze jednoznacznie obecnie dopuszcza się wypowiedzenie umowy najmu zawartej na czas oznaczony „z ważnych przyczyn”, który to pogląd należy uznać za słuszny. Główny argument za dopuszczalnością takiej klauzuli wypowiedzenia sprowadza się do istnienia zobiektywizowanych kryteriów oceny, stosowanych przez sąd w razie ewentualnego sporu. „Ważność” przyczyn ma być więc oceniana przez sąd, a nie tylko przez stronę, a tym samym nie prowadzi do „zamknięcia” przyczyny w niedookreślonym stanie faktycznym. Z kolei w przypadku umów najmu lokali zawartych na czas oznaczony wypowiedzenia dokonać można, zgodnie z art. 673 § 3 k.c. (na podstawie odesłania z art. 680 k.c.), bez żadnych modyfikacji w tym zakresie. Art. 688 k.c. w swojej treści odnosi się bowiem w sposób niewątpliwy tylko do umów zawartych na czas nieoznaczony.

Podkreślić trzeba, że modyfikacja dokonana w art. 688 k.c. ogranicza się tylko do zmiany sposobu wykonywania wypowiedzenia i nie wpływa na bardzo liberalne ujęcie przesłanek wypowiedzenia, dla którego skuteczności wystarczy tak naprawdę powzięcie przez jedną ze stron i zakomunikowanie drugiej woli w tym przedmiocie – co dotyczy się zarówno stosunków zawartych na czas oznaczony, jak i nieoznaczony.

Inna modyfikacja kodeksowych reguł ogólnych dotyczy wypowiedzenia umowy najmu przez najemcę – z powodu wad lokalu. Zgodnie z art. 682 k.c., w sytuacji, gdy wady lokalu będącego przedmiotem najmu zagrażają zdrowiu najemcy lub jego domowników, lub osób u najemcy zatrudnionych, najemca może wypowiedzieć najem bez zachowania terminu wypowiedzenia. Co więcej, może to uczynić nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy wiedział o wadach. Ustawodawca daje tutaj zatem w sposób bardzo czytelny prymat ochronie życia i zdrowia nad poszanowaniem dla autonomii woli stron oraz nad zasadą odpowiedzialności za czynności prawne dokonywane w warunkach świadomości wad ich przedmiotu. Dostrzega się również imperatywny charakter omawianego przepisu<sup>41</sup>.

Wnikliwie analizując art. 682 k.c. zauważyć można dwie prawidłowości. Po pierwsze, przepis ten abstrahuje od kwestii wagi zagrożeń dla zdrowia osób w nim wymienionych.

<sup>41</sup> Tak J. Panowicz-Lipska [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz, art. 450–1088*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 682, teza 1.



Nadto przepis celowo, jak się zdaje, odnosi się do „zagrożenia”, a nie do np. „doprowadzenia do uszczerbku”, odrywając się od zaistnienia realnej szkody bądź zakotwiczonego w charakterystyce zagrożenia prawdopodobieństwa powstania szkody. Podkreśla się także subiektywizację zagrożeń dla zdrowia wymienionych w ustawie osób. Dla spełnienia przesłanek wypowiedzenia najmu wystarczy, aby któraś tych z osób, nawet wskutek szczególnych, podmiotowych okoliczności charakterystycznych dla niej, pozostawała w stanie zagrożenia zdrowia. Doktryna wysuwa tutaj przykładowo problem alergii<sup>42</sup>. Wydaje się to konkluzją uzasadnioną, acz abstrahującą od konceptualnie możliwej wykładni przepisu, który mówi o wadach, które „są tego rodzaju, że zagrażają...”, co mogłoby skłaniać interpretatora do wątpliwości, czy ustawodawca nie miał tutaj na myśli takich wad, które tylko typowo – jako pewien rodzaj – w normalnym układzie stosunków prowadzą do powstania zagrożeń. Interpretacja taka wykluczałaby z podstaw wypowiedzenia nie tylko – przeciwnie do tego, co wskazano powyżej – wady, które tylko osoby o szczególnej sytuacji narażają na zagrożenie zdrowia, lecz także takie wady, które z reguły nie prowadzą do obiektywnych zagrożeń zdrowia, lecz dopiero przy zespoleniu nietypowych okoliczności bądź przy odpowiedniej intensywności, zakresie tych wad. W naszej ocenie należy ją odrzucić, mając na uwadze ochronny cel normy, i to cel wyrażający się w zapobieganiu zagrożeniom rzeczywistym, a nie abstrakcyjnym.

Wreszcie wspomnieć trzeba o możliwości wypowiedzenia najmu przewidzianej w art. 691 § 4 k.c., przysługującej osobom, które najemcami stały się z mocy szczególnej instytucji wykreowanej § 1 tego przepisu – zgodnie z którym wskazane w jego treści osoby bliskie zmarłego najemcy wstępują z mocy prawa w stosunek najmu, którego zmarły był stroną. Z tym szczególnym uregulowaniem powiązane jest uprawnienie takich osób do wypowiedzenia najmu z zachowaniem terminów ustawowych, choćby był zawarty na czas oznaczony. Jak się wydaje, to ostatnie zastrzeżenie należy uznać za podstawę do wypowiedzenia umowy najmu zawartej na czas oznaczony nawet wtedy, gdy na gruncie art. 673 § 3 należałoby uznać, że brak jest podstaw do jej przedterminowego zakończenia. Jeżeli tylko niektóre osoby, które wstąpiły w stosunek najmu, wypowiedzą najem, to zgodnie ze zdaniem drugim § 4 art. 691 k.c. najem trwa dalej z udziałem pozostałych<sup>43</sup>. Należy przyjąć, że najem wygasa, gdy wypowiedzenia dokonały wszystkie osoby uprawnione.

### 3. Zakończenie

Ostatnie zmiany legislacyjne skomplikowały i tak nieklarowny system umów najmu lokali w prawie polskim. Doniosłość najmu lokali dla praktyki życia społecznego i gospodarczego koresponduje w tej mierze z intensywnością działań legislacyjnych, lecz nie z wolą uczynienia zbudowanych rozwiązań przejrzystymi i jednorodnymi. Prawu mieszkaniowemu, jak wskazano powyżej, znane są cztery zasadnicze typy umów najmu lokali, zróżnicowane z uwagi na kwestie podmiotowe i przedmiotowe. Do umowy najmu

<sup>42</sup> J. Górecki, J. Matusik [w:] K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 682, teza 1 *in fine*.

<sup>43</sup> J. Panowicz-Lipska [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 691, teza 5.

lokalu regulowanej tylko przepisami Kodeksu cywilnego, umowy najmu poddanej u.o.p.l. oraz umowy najmu okazjonalnego dodano ostatnio jako *novum* najem instytucjonalny.

Zagadnienie wypowiedzenia umowy najmu, z uwagi na napięcie wynikające z zestawienia przeciwstawnych interesów wynajmującego oraz najemcy, a także konieczność pogodzenia możliwości wypowiedzenia stosunku prawnego mającego za przedmiot lokal przez wynajmującego – będącej refleksem generalnej zasady pozwalającej na dysponowanie przedmiotem swoich praw majątkowych, mającą konstytucyjne ugruntowanie w art. 45 Konstytucji RP – z inną chronioną konstytucyjnie wartością, jaką jest prawo do mieszkania. Niezależnie od zagadnienia scedowania pewnych obowiązków państwa na właścicieli i innych uprawnionych do lokali mieszkalnych, zawsze aktualna jest konieczność zapewnienia wynajmującemu możliwości skrócenia stosunku najmu niewykonwanego bądź wadliwie wykonywanego przez najemcę, przy zabezpieczeniu jego praw.

W odniesieniu do powyższego założenia należy postawić wniosek, że konstrukcje umów najmu okazjonalnego oraz instytucjonalnego pozornie zawężając zakres przyczyn wypowiedzenia w stosunku do generalnych zasad u.o.p.l., jednocześnie otwierają stosunki prawne im poddane na możliwość wprowadzenia do umów klauzul wypowiedzenia ich przed czasem – na ogólnych zasadach k.c.

Powyższe pokazuje, że o ile z punktu widzenia celu ochrony praw najemcy, najem okazjonalny i instytucjonalny stanowią zdecydowane ograniczenie jego uprawnień, o tyle łatwość ich wypowiedzenia, w tym ukształtowania podstaw tego wypowiedzenia według preferencji stron, zapewne uzasadniać będzie zrozumiałą predylekcję do korzystania z tych typów umów przez właścicieli.

\* \* \*

### **Termination of the Agreement of the Occasional and Institutional Lease**

The issue of lease of premises is a subject of not only an unrelenting interest of academia and jurisprudence, but also of legislative action. Such interest is justified by the functions that the institution in question plays both in economic and social relations – given its fundamental role in fulfilling one of the basic human needs, provision of home and shelter. Changes to the law introduced by the Act of 20 July 2017 on the National Real Property Resource are of particular importance, insofar as they implement new institutions into the law, as well as by reference to current regulations – also in the context of legal system's consistency. The authors analyse ways and bases of unilateral termination of occasional and institutional lease agreements, mentioning also various questions as to statutory interpretation. The text, apart from reviewing existing views of legal scholars, contains authors' critical comments and describes, in a new way, terms of unilateral termination of the so-called occasional and institutional lease agreements, comparing them to general principles applying to lease contracts.

**Key words:** lease agreement, occasional lease, National Real Property, Resource

**Karolina Wiśniowska<sup>1</sup>**

## **Wolność metafizyczna jako warunek odpowiedzialności? Znaczenie wolności metafizycznej dla teorii prawa w kontekście różnych podejść filozoficznych**

### **Streszczenie:**

Tekst przedstawia analizę dwóch typów podejść do kwestii wolności jako warunku odpowiedzialności. Skonfrontowane zostają poglądy dwóch współczesnych filozofów: Rodericka Chisholma oraz Romana Ingardena. Chisholm uznaje, że tylko wolność metafizyczna, czyli wolność woli umożliwia etyczną oraz prawną ocenę ludzkich zachowań. Ingarden argumentuje, że wolność, która umożliwia człowiekowi przypisanie odpowiedzialności, może istnieć w warunkach przyczynowości. Wolność opisywaną przez Ingardena można określić jako wolność od przymusu. Polskie prawo *explicite* zawiera normy odnoszące się do wymogu wolności od przymusu, jednak wolność woli nie jest sankcjonowana w żadnym przepisie. Można przeto uznać, iż istnienie wolności metafizycznej jest założeniem stojącym za całym systemem prawnym. Jest to presupozycja, za którą – jeśli uznamy, że wolność woli miałaby być własnością metafizyczną (na co wskazuje obecny stan wiedzy naukowej) – nie stoją jednak żadne argumenty naukowe.

**Słowa kluczowe:** wolność metafizyczna, Roderick Chisholm, Roman Ingarden

### **1. Wstęp**

Często zachowania ludzi bywają dla innych przedstawicieli tego samego gatunku niezrozumiałe. Co więcej, nawet analizując własne decyzje można zastanawiać się:

---

<sup>1</sup> Autorka jest filozofką, prawniczką oraz studentką Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

dlaczego to wtedy zrobiłem, dlaczego nie uczyniłem czegoś innego? Stąd już tylko krok do refleksji, która pojawia się w filozofii niemal od jej narodzin jako nauki – do rozważań na temat wolności jako warunku odpowiedzialności. Choć zarówno Roderick Chisholm, jak i Roman Ingarden uznają wolność jednostki jako konieczną przesłankę do możliwości przypisania jej odpowiedzialności za czyn, reprezentują odmienne podejścia do tego, jak ową wolność definiować i z tego względu dobrze egzemplifikują różne możliwości podejścia do tego problemu. Analiza ta pozwoli uzasadnić, iż wolność od przymusu jest wystarczająca dla możliwości przypisania jednostce odpowiedzialności i nie ma potrzeby zakładania istnienia wolności metafizycznej.

Poniżej przedstawiony zostanie metafizyczny problem wolności jednostki oraz przykładowe próby jego rozwiązania – pogląd Rodericka Chisholma oraz idee Romana Ingardena. Koncepcje te zostaną następnie odniesione do teorii prawa. Pracę zakończą wnioski autorki.

## 2. Problem determinizmu i indeterminizmu

Metafizyczny problem wolności jednostki przedstawia się następująco: determinizm uniwersalny zakłada, że każde zdarzenie ma swoją przyczynę w innym zdarzeniu, indeterminizm zaś – iż zdarzenia w ogóle nie mają swoich przyczyn. Twierdzenie, iż każda osoba jest odpowiedzialnym podmiotem działającym wydaje się stać w sprzeczności zarówno z deterministycznym, jak i z indeterministycznym stanowiskiem dotyczącym postępowania człowieka<sup>2</sup>.

Determinizm historycznie łączy się z trzema modalnymi źródłami. Najbardziej powszechnie przyjmowany dziś pogląd (określany najczęściej po prostu jako determinizm, ewentualnie jako silny determinizm lub determinizm uniwersalny) zakłada, że rzeczywistość jest ściśle zdeterminowana przez stałe, działające ściśle kauzalnie prawa przyrody. Determinizm teologiczny przyjmuje, że zdarzenia są zdeterminowane przez wolę Absolutu, a fatalizm, że rządzi nimi ślepy los (lub inna siła wyższa), podkreślając jednocześnie brak możliwości uniknięcia czy zmiany przyszłych stanów rzeczy<sup>3</sup>.

Zdaniem Rodericka Chisholma nie jest możliwe rozwiązanie tego problemu bez przyjęcia daleko idących założeń odnośnie natury podmiotu działającego. Dla unacornienia czytelnikowi tej kwestii, badacz posługuje się przykładem: mężczyzna (A) zastrzelił innego mężczyznę (B). Skoro A był odpowiedzialny za to, co się stało, to to, co miało się zdarzyć w momencie oddania strzału było czymś, co zależało całkowicie od niego samego. Istniał moment, gdy prawdą było, że A mógł oddać strzał oraz prawdą było, że A mógł nie oddać strzału. Jeśli A mógł swój czyn zarówno popełnić, jak i nie popełnić, to czyn ten nie mógł być zdeterminowany przez żadne ze zdarzeń, które nie zależały od A. Czyn ten nie mógł być więc spowodowany przez innego człowieka, który na przykład siłą lub za pomocą oddziaływania psychicznego zmusił A do oddania strzału. Co więcej, czyn ten nie mógł być zdeterminowany przez

<sup>2</sup> J. Woleński, *Wolność, determinizm, indeterminizm, odpowiedzialność*, Śląskie Studia Teologiczno-Historyczne 1996, nr 29.

<sup>3</sup> J. Bremer, *Czy wolna wola jest wolna?*, Kraków 2013, s. 44–45.

pragnienia i przekonania A – gdyby to, co zrobił A było tylko i wyłącznie skutkiem jego przekonań i pragnień, to nie byłby w stanie zrobić niczego innego, niż to, co zrobił. Pytanie, czy człowiek jest odpowiedzialny za swoje dążenia, poglądy i pragnienia Chisholm pozostawia na boku, choć uznaje to za ważki problem. Stwierdza jedynie, że jeśli jest, to „był czas, w którym mógł je przyjąć bądź odrzucić”<sup>4</sup>. Podsumowując, niezależnie od tego, czy przyczyny determinujące zachowanie były względem człowieka zewnętrzne czy wewnętrzne, jeśli nie był za nie odpowiedzialny, to nie był odpowiedzialny za samo zdarzenie. Chisholm porównuje tę sytuację do powodzi, która zerwała wadliwie skonstruowaną zaporę. Można stwierdzić, że powódź tak wielka musiała zerwać zaporę o konkretnych właściwościach technicznych: wymiarach, zrobioną z takiego, a nie innego materiału, i tak dalej... Gdy więc A poddaje się czynnikom determinującym, nie jest za swoje zachowanie czy też ruchy ciała odpowiedzialny bardziej, niż zaporę za wylanie rzeki<sup>5</sup>.

Na marginesie należy zauważyć, że Chisholm jednoznacznie zakłada w swoim opisie koncepcję jednostki wyraźnie oddzielonej od swoich poglądów oraz emocji. Taka idea podmiotu w nowożytnej tradycji wiąże się ze stanowiskiem Kartezjusza oraz, a może przede wszystkim, z jego nowożytnym odczytaniem, dominującym w zachodniej tradycji filozoficznej. Francuski filozof w *Medytacjach* pisał: „jestem więc, mówiąc ściśle, czymś, co myśli, to znaczy duszą, umysłem czy rozumem, które to pojęcia mają znaczenie wcześniej mi nie znane. Jestem więc czymś prawdziwym i naprawdę istniejącym. Ale czym? Powiadam na to: czymś, co myśli”<sup>6</sup>. Stąd bierze się bardzo redukcjonistyczna wizja podmiotu, który zostaje sprowadzony tylko i wyłącznie do czynności myślenia. Współcześnie mamy do czynienia z innymi interpretacjami kartezjańskiego spojrzenia na podmiot, które musiały się pojawić – choćby ze względu na przytłaczającą krytykę tego konstrukt<sup>7</sup>.

Chisholm wysuwa także tezę, iż – jeśli każdy czyn pochodzi od Boga jako Pierwszego Poruszyciela – to Bóg jest w wyżej wymienionym przykładzie w sytuacji analogicznej do kogoś, kto hipnozą zmusza A do strzału. Wynikałoby z tego, że tak zwany grzesznik nie jest odpowiedzialny za to, co zrobił. Chisholm pisze, że nie znalazł w historii

<sup>4</sup> R. Chisholm, „Ja” a wolność człowieka [w:] *Filozofia podmiotu*, Warszawa 2006, s. 350.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 349–350.

<sup>6</sup> R. Descartes, *Medytacje o filozofii pierwszej*, Kęty 2001, s. 50.

<sup>7</sup> Od wieku XVIII zaczęły bowiem załamywać się obowiązujące paradygmaty myślenia, w tym myślenia o podmiotowości. David Hume zwrócił uwagę na brak ciągłości świadomości – introspektywny wgląd w stany mentalne człowieka nie pozwala stwierdzić istnienia podmiotu. Hume i kontynuatorzy jego myśli twierdzili, iż istnieje jedynie wiązka czy zbiór różnych percepcji. Ponadto duży wpływ na zmianę paradygmatów miał duński filozof Søren Kierkegaard, występujący przeciw dominującej w filozofii jego czasów tendencji do generalizacji. Zauważył on, że ludzkie „ja” nie jest pojęciem uniwersalnym. Duży wpływ miała też krytyka marksistowska oraz poglądy Friedricha Nietzschego. Do zmiany sposobu myślenia o podmiocie przyczyniła się również psychoanaliza, której ojciec – Sigmund Freud – odkrył istnienie podświadomości. XX i XXI wiek to krytyka postmodernistyczna i strukturalistyczna oraz rozwój psychologii kognitywnej, badającej procesy umysłowe. Współcześnie dokonują się próby przywrócenia kategorii podmiotu w filozofii. Te dokonania pozostają jednak poza ujęciem problemu wolności człowieka dokonany przez Rodericka Chisholma.

zachodniej teologii nic, co by tej tezie przeczyło<sup>8</sup>. W teologii istnienie wszechwiedzącego Stwórcy często prowokowało wnioski fatalistyczne<sup>9</sup>. Odmienny pogląd prezentował jednak choćby Tomasz z Akwinu, który uważał, że niekoniecznie większa liczba opcji do wyboru oznacza więcej wolności. Przyczyną bowiem konieczności dokonywania wyboru jest niepewność sądów dokonywanych przez ludzi. Doskonała wola jest zdeteterminowana przez wiedzę i rozum, który rozpoznaje konieczne wybory. Zdaniem Tomasza nie ma więc sprzeczności między wolą a koniecznością<sup>10</sup>.

George Edward Moore zaprezentował argumentację, na podstawie której ma być wykazane, że determinizm nie wyklucza ludzkiej odpowiedzialności. Rozumowanie przedstawia się następująco – wyrażenia 1 i 2 oznaczają to samo:

1) *A mógł postąpić inaczej.*

2) *Gdyby A postanowił, że postąpi inaczej, wówczas postąpiłby inaczej.*

Jeśli zdania 1 i 2 orzekają to samo i jeśli zdanie 2 jest zgodne z determinizmem, to również zdanie 1 jest zgodne z determinizmem. Nawet więc jeśli wszystkie czyny tego człowieka były zdeterminowane, to mógł on być tym, który jeśli dokonałby innego wyboru, to postąpiłby inaczej. Sprawca mógł postąpić inaczej, nawet jeśli był zmuszony postąpić, jak postąpił<sup>11</sup>. Gdyby A postanowił, że nie strzeli, to by nie strzelił. Gdyby nie było powodzi, to zaporą by nie pękła. Jeśli przyjąć tę argumentację, można by stwierdzić, że determinizm i odpowiedzialność moralna się nie wykluczają<sup>12</sup>. Chisholm jednak odrzuca ten argument, uznając, że nie jest prawdą, że zdanie 1 głosi dokładnie to, co zdanie 2. Zdanie 2 mogłoby być prawdziwe, gdyby zdanie 1 byłoby fałszywe. Nie można przeprowadzić rozumowania z 2 do 1, chyba że możemy dodatkowo uznać:

3) *A mógł postanowić, że postąpi inaczej*<sup>13</sup>.

Co więcej, podobnie rzecz ma się z indeterminizmem. Jeśli czyn nie był przez nic spowodowany, tylko przypadkowy, nikt ani nic nie jest odpowiedzialne za ten czyn. Indeterminiści współcześnie czasem powołują się na odkrycia mechaniki kwantowej, na przykład na zasadę nieoznaczoności Wernera Heisenberga, która mówi, że nie jest możliwe jednoczesne zmierzenie zarówno położenia, jak i prędkości konkretnej cząstki elementarnej – miałyby to bowiem podważać newtonowski (deterministyczny) obraz praw natury oraz tym samym procesów zachodzących w przyrodzie. Sam Heisenberg jednak, choć uważał, że odkrycia mechaniki kwantowej obalają materialistyczną wizję świata oraz determinizm<sup>14</sup>, nie uznawał, iż rozstrzygają one metafizyczny problem ludzkiej wolności<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> R. Chisholm, *op.cit.*, s. 351.

<sup>9</sup> J. Woleński, *Wolność...*, s. 179.

<sup>10</sup> J. Trzópek, *Problem woli. Między antropologią filozoficzną a psychologią mechanizmów regulacyjnych*, Kraków 2003, s. 22–25.

<sup>11</sup> Za: R. Chisholm, *op.cit.*, s. 351–352.

<sup>12</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 82–87.

<sup>13</sup> R. Chisholm, *op.cit.*, s. 352–353.

<sup>14</sup> S. Amsterdamski, *Posłowie* [w:] W. Heisenberg, *Fizyka a filozofia*, <http://filozofiauw.wdfiles.com/local--files/teksty-zrodlowe/Heisenberg%20W.%20C%20-%20Fizyka%20a%20filozofia.pdf>, 20.09.2018.

<sup>15</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 159–161.



### 3. Wolność metafizyczna w ujęciu Rodericka Chisholma

Chisholm dochodzi do wniosku, że koncepcja działania, która pozwalałaby na przypisanie podmiotowi działającemu odpowiedzialności, nie może być ani deterministyczna, ani indeterministyczna. Jedyne co według filozofa w tej sytuacji pozostaje to stwierdzenie, że przynajmniej niektóre zdarzenia mają przyczynę, ale tą przyczyną nie jest jakieś inne zdarzenie, ale człowiek<sup>16</sup>.

Filozof dokonuje podziału na przyczynowość transeuntywną – taka przyczynowość, o ile występuje, jest relacją między zdarzeniami lub stanami rzeczy – oraz przyczynowość immanentną – w tym przypadku mamy do czynienia ze zdarzeniem, które spowodowane jest przez podmiot działający (zdaniem Chisholma przez zdarzenia, które mają miejsce w mózgu). Odwołuje się tu do przykładu zaczerpniętego z tradycji starożytnej. Arystoteles bowiem, rozważając ten problem w *Fizyce*, obrazował go następująco: „laska porusza kamień, a sama jest poruszana przez rękę człowieka”. Laska poruszająca kamień to przykład przyczynowości transeuntywnej, poruszanie laski przez człowieka – to już przyczynowość immanentna<sup>17</sup>. Wizja Chisholma, ze względu na uwzględnienie przyczynowości immanentnej, kategoryzowana jest więc jako pogląd libertariański<sup>18</sup>.

Taki sposób stawiania sprawy może spotkać się z zarzutami. Pierwszy z nich brzmi: człowiek coś robi, ale jest to podniesienie ręki – nie robi on nic ze swoim mózgiem. Nie jest konieczne odwoływanie się do przyczynowości immanentnej jako czegoś jakościowo różnego od przyczynowości transeuntywnej jeśli ruch ręki był spowodowany przez coś, co zdarzyło się wewnątrz mózgu. Mamy tu do czynienia z przyczynowo-skutkową relacją pomiędzy stanami rzeczy. Zgodnie z tym rozumowaniem, człowiek nie jest odpowiedzialny za to zdarzenie, ma ono miejsce niezależnie od niego. Odpowiedź na ten zarzut brzmi: to, że podmiot działający nie robi nic ze swoim mózgiem, nie oznacza, że nie jest przyczyną tego, co ma miejsce w jego mózgu. Chisholm porównuje to do sytuacji, w której przy podnoszeniu laski z trawnika wywołujemy między innymi ruch żdźbeł trawy, ruchy cząsteczek powietrza, przemieszczanie się cienia. Możemy tego nie dostrzegać, ale to się dzieje. W związku z powyższym, podmiot działający może być przyczyną zdarzeń, które mają miejsce w jego mózgu. To, co Chisholm nazywa „zdarzeniem mózgowym”, może być porównane do przemieszczenia się cienia – sytuacją zaistniałą w momencie podnoszenia laski (czy też decyzji o jej podniesieniu). Koncepcja Chisholma jest więc następująca: podmiot działający czyni X i za sprawą przyczynowości immanentnej sprawia, że zachodzi zdarzenie mózgowe, a to mózgowe zdarzenie już za sprawą przyczynowości transeuntywnej sprawia, że zachodzi X.

Kolejny zarzut mogący się pojawić to argumentacja, iż nie ma różnicy pomiędzy zajściem zdarzenia X a powodowaniem przez podmiot działający, że X się stało. Odpowiedź jest następująca: jedyna różnica polega na tym, że w pierwszym przypadku zdarzenie X nie było spowodowane przez podmiot działający, czyli nie było zdarzeniem mózgowym.

<sup>16</sup> R. Chisholm, *op.cit.*, s. 353.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 354.

<sup>18</sup> Hasło: Roderick Chisholm, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/chisholm/>, 20.09.2018.

Ale co dodajemy w tym wypadku do stwierdzenia: X się stało, mówiąc: podmiot działający spowodował, że X się stało? Chisholm zauważa, że nie jest to problem, na który napotykamy wyłącznie mówiąc o przyczynowości immanentnej. Jest on szerszy i dotyczy pojęcia przyczynowości w ogóle<sup>19</sup>. „Natura przyczynowości transeunttywnej nie wydaje się bardziej zrozumiała niż natura przyczynowości immanentnej”<sup>20</sup>, pisze filozof.

Chisholm argumentuje, iż sam fakt, że rozumiemy i używamy pojęcia „przyczyny” wynika z naszych doświadczeń w powodowaniu zachodzenia zdarzeń. Obserwacja świata zewnętrznego, jak mówił Hume, nie dostarcza nam pojęcia przyczyny, więc uzyskujemy je tylko dzięki doświadczaniu naszej zdolności do wywoływania skutków. Bez zrozumienia dla przyczynowości immanentnej nie jest możliwe pojęcie zachodzenia przyczynowości transeunttywnej<sup>21</sup>.

Chisholm ujmuje metafizyczny problem wolności woli jako polegający nie na tym, czy jesteśmy wolni w osiąganiu tego, czego chcemy, tylko na tym, czy jesteśmy na tyle wolni, aby chcieć postąpić tak, jak tego faktycznie pragniemy. Mimochodem przemysla tu interesującą myśl – mianowicie jeśli my, podmioty działające faktycznie, jesteśmy odpowiedzialni za nasze czyny, to mamy cechę przypisywaną tradycyjnie tylko Bogu: każdy człowiek robiąc coś jest nieruchomym pierwszym poruszycielem<sup>22</sup>. „Powodujemy, że zachodzą pewne zdarzenia, i nie istnieje nic i nikt, co sprawiałoby, że powodujemy, że zdarzenia te zachodzą”<sup>23</sup>, zauważa filozof<sup>24</sup>. Bycie pierwszym poruszycielem dla Chisholma implikuje fakt, że nasze czyny nie są przyczynowo zdeterminowane przez nasze pragnienia. Zauważa, że w filozofii można generalnie wyróżnić dwa przeciwstawne stanowiska dotyczące relacji pomiędzy pragnieniami a czynami. Pierwsze z nich to podejście hobbesowskie, które uważa za przyjmowane obecnie przez większość badaczy. Przeciwnie mu jest stanowisko kantowskie, którego zwolennikiem jest sam Chisholm. Pogląd hobbesowski charakteryzuje się tym, że jego zwolennicy wychodzą z założenia, że przy znajomości wszelkich zmiennych: przekonań osoby A, jej pragnień, ich siły oraz innych bodźców wpływających na A jest możliwe wydedukowanie, co zrobi A. Podejście kantowskie uznaje, że choć w wielu przypadkach możemy przewidzieć przyszłe zachowanie człowieka z dużą dozą prawdopodobieństwa, to nigdy nie możemy być pewni, że dana osoba zachowa się w określony sposób. Immanuel Kant

<sup>19</sup> R. Chisholm, *op.cit.*, s. 355–357.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 357.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 358.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 358–359.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 359.

<sup>24</sup> To stanowisko spotkało się z polemiką ze strony innych badaczy. Poza oczywistą krytyką ze strony twardych deterministów, z Chisholmem nie zgodził się choćby Geert Keil, reprezentujący stanowisko libertariańskie. Zakłada ono, iż prawdą jest, że istnieje wolna wola, fałszywy natomiast jest determinizm. Keil uważa, że tak zwany mit pierwszego poruszyciela byłby prawdą jedynie, gdyby stwierdzono, że stanowisko deterministyczne jest prawdziwe – to znaczy, że prawa natury są takie, że zamykają wszystkie możliwości działania za wyjątkiem działań owego poruszyciela. Jak do tej pory badania naukowe nie udowodniły takiej tezy, wręcz przeciwnie – ostatnie odkrycia w dziedzinie nauk przyrodniczych, na czele z fizyką, wskazują, iż deterministyczne ujmowanie świata prawdopodobnie jest błędne. Zob. J. Bremer, *Czy wolna wola...*, s. 130–136.

twierdził, że wolna wola to wola nieuwarunkowana zarówno żadnymi zewnętrznymi przyczynami, jak i pozbawiona wewnętrznych motywów w postaci pragnień czy emocji. Autonomia (czy nawet wolność) objawia się tylko i wyłącznie przez postępowanie z obowiązku, a nie choćby w zgodzie z nim, ale z innych pobudek<sup>25</sup>. Przyjęcie optyki kantowskiej implikuje, iż nie może istnieć nauka o człowieku w ścisłym sensie – taka, która mogłaby odkryć wszelkie prawa rządzące jego zachowaniem<sup>26</sup>.

Chisholm przyjmuje, iż stanowisko kantowskie zgadza się z tym, że mogą zaistnieć warunki, gdy nasze pragnienia wymuszają na nas działanie. W większości przypadków jednak pragnienia czy motywy „mogą skłaniać nas do działania nie wymuszając go jednocześnie”, jak twierdził Leibniz. Pytanie tu postawione brzmi: czy zdanie *przy wszystkich zaistniałych warunkach powinienem zrobić X* jest przygodne, czy jest konieczne? Znaczenie, przy którym zdanie to może być uznane za przygodne jest, zdaniem Leibniza, takie, że nie ma żadnej logicznej sprzeczności w jego zaprzeczeniu. Konieczność zdania polega na tym, że jeśli warunki są takie a nie inne, to pewne jest, że zrobię X. Chisholm przytacza tu przykład dotyczący pewnego urzędnika. Rzeczony urzędnik jest osobą, która nie zabiegałaby o łapówkę, ale również nie uczyniłaby nic, aby zapobiec postawieniu jej przed faktem dokonanym. Istnieją w tej sytuacji cztery możliwości:

- 1) urzędnik sam powoduje przyjęcie przez siebie łapówki,
- 2) urzędnik sam powstrzymuje się od przyjmowania łapówki,
- 3) urzędnik czyni coś, co zapobiegałoby możliwości przyjęcia łapówki (czyli upewni się, że nikt niepostrzeżenie nie podrzuci mu koperty z pieniędzmi),
- 4) urzędnik nie czyni nic, co zapobiegałoby możliwości przyjęcia łapówki (czyli w sytuacji podrzucenia mu koperty z pieniędzmi, weźmie ją).

Bohater tej historyjki jest osobą, wobec której orzeczenie zdania 1 jest fałszem, ale orzeczenie zdania 4 jest prawdą. Zgodnie z rozumowaniem przyjętym przez Chisholma oznacza to, że formułując dwa przeciwstawne zdania:

- 1) urzędnik może powstrzymać się od pokusy zrobienia czegoś, co sprawiłoby, że stanie się X,
- 2) urzędnik może powstrzymać się od pokusy przyzwolenia, aby zaszło X,

zdanie 1 jest prawdziwe, a zdanie 2 – fałszywe. W takiej sytuacji, uznaje Chisholm, możemy powiedzieć, że motyw do sprawienia, aby X zaszło jest tym, co skłania, ale nie wymusza z konieczności zdarzenia X<sup>27</sup>.

Powyższy sposób argumentacji nie jest przekonujący. Chisholm zakłada tu, że jeśli skutek przebiegu wydarzeń jest identyczny (przyjęcie łapówki) i w jednej z sytuacji ma on miejsce, podczas gdy w drugiej nie, to wówczas można dojść do wniosku, że wszelkie czynniki wpływające na dany podmiot nie determinują jego zachowania. To zbyt daleko idący wniosek. Badacz bowiem nie widzi w tej sytuacji czynników zewnętrznych (przykładowo stopnia determinacji wręczającego korzyść majątkową) jako kolejnych elementów wpływających na decyzję urzędnika. W sytuacji przedstawionej

<sup>25</sup> I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Kęty 2001, s. 14–17.

<sup>26</sup> R. Chisholm, *op.cit.*, s. 359–360.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 360–362.

w przykładzie Chisholma można zasadnie argumentować, iż zachowanie osoby wręczającej łapówkę jest determinujące w stosunku do późniejszego przebiegu wydarzeń związanego z urzędnikiem.

#### 4. Wolność od przymusu jako warunek odpowiedzialności – spojrzenie Romana Ingardena

Rozważania Chisholma doskonale obrazują jeden z kluczowych problemów filozofii prawa. Wobec pytania o naturę odpowiedzialności, zwłaszcza w ujęciu negatywnym, konieczne jest rozważenie kwestii wolności. Odpowiedzialność negatywna występuje, gdy mamy do czynienia z popełnieniem przez podmiot działający w sposób wolny jakiegoś czynu, który jest zabroniony (np. przez prawo)<sup>28</sup>. Jakie warunki muszą być spełnione, aby można było przyjąć, że ów podmiot działał w sposób wolny? Dla Chisholma, jak zostało wskazane powyżej, konieczna jest wolność rozumiana w sposób metafizyczny – coś, co on określa jako przyczynowość immanentną.

Część badaczy inaczej spogląda na ten problem. Są tacy, którzy wychodzą z założenia, że spór o istnienie wolności woli jest w świetle nauki niemożliwy do rozwiązania. Nie znaczy to jednak, iż odrzucają możliwość przypisania jednostce odpowiedzialności. Wśród filozofów sceptycznych wobec możliwości wyjścia człowieka poza obserwowalny i zgodny z naturalistycznym obrazem świata cykl przyczynowo-skutkowy, dominują tacy, którzy uznają wolność od przymusu za wystarczającą dla uznania danej osoby za winną dokonania danego czynu lub zaniechania<sup>29</sup>.

Kompatybilizm jest sposobem podejścia do tradycyjnego problemu wolnej woli negującym konieczność przeciwstawiania sobie wolnej woli i determinizmu. Dla reprezentujących ten pogląd wola może być jednocześnie wolna i zdeterminowana. Można odróżnić kompatybilizm konserwatywny, który nie postuluje potrzeby zmian w powszechnie przyjmowanym i sankcjonowanym podejściu do ludzkiej odpowiedzialności, oraz kompatybilizm rewizjonistyczny, który domaga się w tym zakresie przewartościowania<sup>30</sup>.

Roman Ingarden reprezentuje stanowisko, które można zaliczyć do konserwatywnego kompatybilizmu. W tej koncepcji warunkiem wolnego działania nie jest jego niezdeterminowanie, ale wypływanie z wewnętrznych przekonań oraz charakteru jednostki. Wolność może więc, jego zdaniem, istnieć w świecie, w którym przyczynowość jest zjawiskiem powszechnym. Ingarden zdecydowanie krytykuje koncepcję kantowską, zwracając w niej uwagę na problem, o którym wspominał także Chisholm – trudno mówić o odpowiedzialności, gdy mamy do czynienia z działaniem bez przyczyny<sup>31</sup>. Akt woli musi być umotywowany, inaczej brakowałoby mu podstawy bytowej. Dla Ingardena działanie wolne jest działaniem „własnym” danej jednostki, czyli takim, które człowiek podejmuje w zgodzie z przyjmowanymi przez siebie wartościami i poglądami.

<sup>28</sup> W. Załuski, *Wolność jako warunek odpowiedzialności* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 56.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 67.

<sup>30</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 53–57.

<sup>31</sup> R. Ingarden, *Książeczka o człowieku*, Kraków 1987, s. 84.

Nie jest więc nieuwarunkowane wcześniejszymi sytuacjami, lecz dostosowane do nich. Tu różni się od Chisholma, który uznaje, że jeśli podejmowane działanie jest skutkiem wyłącznie przekonań i pragnień człowieka, nie może zostać uznane za wolne. Zgodnie z tą koncepcją, działanie niepowodowane żadnymi bodźcami byłoby przypadkowe i w takim wypadku nie można by mówić o odpowiedzialności<sup>32</sup>. Ingarden ukazuje swój pogląd na przykładzie pragnienia seksualnego. Gdy akt płciowy powiązany jest z miłością, jest to działanie najbardziej *własne*. Gdy nie łączy się on z romantycznym uczuciem, dalej pozostaje *własnym* czynem danej osoby – ale w mniejszym stopniu niż w pierwszej z przytoczonych sytuacji, ponieważ jest, zdaniem Ingardena, realizacją popędu cielesnego, ale przy „przyzwoleniu” podmiotu. Charakter bycia *własnym* czyn traci w sytuacji, gdy dochodzi do zgwałcenia – w tej sytuacji nie ma mowy o wolności<sup>33</sup>. „Kiedy *wszystko* jest wymuszone i w niczym nie przyzwolone, wtedy dopiero zachowanie człowieka nie jest jego własnym czynem”<sup>34</sup>, pisze filozof.

Ingarden wprowadza rozróżnienie na wolność fenomenalną oraz wolność realną. Pierwsza to właściwe każdemu poczucie wolności, druga zaś realizowana jest wobec różnych warunków. Jest więc – zdaniem Ingardena – stopniowalna<sup>35</sup>. Podobnie rzecz ma się z odpowiedzialnością, która „może być (...) albo bezwarunkowa i zupełna, albo w rozmaity sposób uwarunkowana lub ograniczona”<sup>36</sup>.

Ingarden postuluje istnienie ontycznych fundamentów odpowiedzialności. Pierwszym z nich jest istnienie wartości, możliwość ich konkretyzacji oraz związki między nimi. Innymi słowy, dla możliwości zaistnienia w świecie odpowiedzialności, zdaniem filozofa, konieczne są właśnie wartości. Podstawowym zadaniem ogólnej ontologii wartości jest ustalenie, które z nich są w tym kontekście ważne, jaka jest ich istota oraz sposoby istnienia. Wartości nie mogą być bowiem subiektywne, ograniczone do konkretnych podmiotów i zależne od ich emocji czy motywacji – w takiej sytuacji bowiem, zdaniem Ingardena, brakowałoby podstawy dla odpowiedzialności oraz dla uprawnienia do pociągnięcia do odpowiedzialności innej osoby. Odpowiedzialności zagrażać ma też utylitaryzm, ponieważ nie opowiada się za żadnymi wartościami uniwersalnymi; przeciwnie – określenie, co posiada wartość użyteczności może się zmieniać w zależności od warunków. Mówiąc ogólnie: dla Ingardena każdy „relatywizm”, to znaczy teoria etyczna zakładająca brak istnienia stałych i niezmiennych wartości, jest sprzeczny z ideą odpowiedzialności. Kolejnym ontycznym warunkiem odpowiedzialności jest identyczność (rozumiana przez Ingardena przede wszystkim w kontekście upływu czasu) działającego podmiotu. Rozważania na temat rozumienia *osoby* w filozofii są kluczowe dla ingardenowskiej koncepcji odpowiedzialności<sup>37</sup>. Warto podkreślić, że te rozważania nie doprowadziły do zaproponowania przez badacza całościowej koncepcji odpowiedzialności i niektóre wątki – w tym kwestia ontycznych

<sup>32</sup> J. Trzópek, *op.cit.*, s. 55–56.

<sup>33</sup> R. Ingarden, *op.cit.*, s. 89–92.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 92.

<sup>35</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 87–89.

<sup>36</sup> R. Ingarden, *op.cit.*, s. 86.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 97–122.



jej warunków – wymagają dalszych badań. Tymi zagadnieniami filozof zajmował się pod koniec życia i proces ten został przerwany przez jego śmierć<sup>38</sup>.

Koncepcja Ingardena wynika z jego wizji jednostki jako „względnie izolowanego systemu zbudowanego z wielu podsystemów”<sup>39</sup>. W związku z tym można uznać działania podejmowane z pobudek charakterologicznych, powodowane ludzką historią czy przeżyciami za własne – gdyż ich przyczyną są własności danej jednostki, a nie wpływy zewnętrzne. Dla Ingardena kluczowe w tym kontekście staje się „centrum działania”<sup>40</sup>, czyli to, czy dany czyn wypływa z własnej inicjatywy człowieka. Koncepcja ta może uzyskać szerszą akceptację i być bardziej przydatna w naukach szczegółowych, np. w prawie, choćby dlatego, że – jak zauważa Wojciech Załuski – nie ma sporu co do istnienia tego rodzaju wolności<sup>41</sup>.

W nauce prawa odróżnia się przymus wewnętrzny oraz zewnętrzny<sup>42</sup>. Przymus wewnętrzny to określenie wszystkich patologicznych – w sensie medycznym – czynników, które wpływają na działanie człowieka od wewnątrz, czyli zaburzeń psychicznych, upośledzenia umysłowego czy chorób neurodegeneracyjnych. Takie okoliczności prowadzą do braku możliwości przypisania komuś winy czy wymagania od niego odpowiedzialności za podjęte działania. Na przykład w prawie karnym uznaje się, iż od takich osób nie można wymagać zachowania zgodnego z normami prawa<sup>43</sup>. Przymus zewnętrzny występuje, gdy mamy do czynienia z wpływem na jednostkę działań osób trzecich lub innych okoliczności zewnętrznych, które wymuszają na niej podjęcie lub brak podjęcia zachowania, za które rozważana jest jej odpowiedzialność. Oba rodzaje przymusu mogą występować jako *vis absoluta* lub jako *vis compulsiva*. Z *vis absoluta*, czyli przymusem fizycznym, mamy do czynienia, gdy zachowanie zostało spowodowane przez siłę fizyczną oddziałującą na daną osobę, której dana osoba nie mogła się przeciwstawić. Z fizycznym przymusem wewnętrznym mamy do czynienia na przykład, gdy ktoś dostanie wylewu krwi do mózgu i spowoduje w tej sytuacji wypadek. Fizyczny przymus zewnętrzny to choćby opisywana przez Ingardena sytuacja zgwałcenia. *Vis compulsiva* to przymus psychiczny, czyli sytuacja, w której oddziaływanie zewnętrzne na psychikę jednostki motywuje ją do podjęcia decyzji. Z taką sytuacją mamy do czynienia na przykład, kiedy człowiek zostaje poddany torturom lub ma do czynienia z groźbami pod swoim adresem<sup>44</sup>. Ujęcie Ingardena wyklucza wolność zarówno u osoby znajdującej się pod wpływem przymusu wewnętrznego – bowiem stan chorobowy takiej osoby zaburza lub uniemożliwia jej podjęcie *własnej* decyzji, jak i u osoby, która w konkretnej sytuacji znalazła się pod wpływem przymusu zewnętrznego – jeśli motywacje oddziałujące na tę osobę były zbyt silne, aby mogła im się oprzeć.

<sup>38</sup> J. Filek, *Roman Ingarden i problem negatywizmu odpowiedzialności* [w:] J. Filek, *Filozofia odpowiedzialności XX wieku*, Kraków 2003, s. 194.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 147.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 123.

<sup>41</sup> W. Załuski, *op.cit.*, s. 63.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 64.

<sup>43</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 179.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 172.



## 5. Wnioski i podsumowanie

Tradycyjnie zakładano, iż przyjęcie powszechnego determinizmu neguje istnienie wolnej woli, natomiast zaprzeczenie zdeterminowaniu wszelkich zdarzeń wskazuje na obecność w świecie wolności jednostki. Problem jednak w tym, że jeśli zdarzenie nie ma przyczyny, to jest przypadkowe – a przypadkowość podejmowanych decyzji nie pozostawia człowiekowi więcej wolności niż warunki założone przez silny determinizm. W związku z tym *prima facie* twierdzenie o wolności i o odpowiedzialności jednostki jest sprzeczne zarówno ze stanowiskami deterministycznymi, jak i z indeterministycznymi.

Podejście Rodericka Chisholma do kwestii wolności i odpowiedzialności to przejaw myślenia w kategoriach wolności metafizycznej. Charakteryzuje się ono tym, iż dla przypisania człowiekowi odpowiedzialności uznaje się za konieczne postulowanie posiadania przez niego wolności woli. Chisholm jednak definiuje tę wolność jako możliwość rozpoczynania nowych stanów rzeczy. Inaczej podszedł do tego zagadnienia polski filozof Roman Ingarden, którego podejście bliższe jest rozumieniu wolności jako wolności od przymusu – dla przypisania odpowiedzialności nie jest w tej sytuacji konieczne udowodnienie, że dana osoba w konkretnej sytuacji mogła postąpić inaczej – wystarczy, iż działanie można zakwalifikować jako jej *własne*, podjęte z uwagi na właściwe tej konkretnej jednostce motywy i przekonania.

Jako konieczną do pociągnięcia do odpowiedzialności za konkretny czyn wolność od przymusu uznaje zarówno polskie prawo karne (zawsze w przypadku *vis absoluta* oraz w wielu sytuacjach, w których mamy do czynienia z *vis compulsiva* – tutaj jest to w każdym przypadku rozpatrywane indywidualnie)<sup>45</sup>, jak i prawo cywilne<sup>46</sup>. Trudno powiedzieć to samo o wolności woli, choć można argumentować, iż jest to zasada, na której prawo się opiera. Wojciech Załuski wskazuje, że system prawny przyjmuje trzy tezy: „a) wolna wola jest warunkiem odpowiedzialności; b) każdy człowiek ma wolną wolę, choć nie wszystkie działania ludzkie są dokonywane pod wpływem wolnej woli; c) warunkiem koniecznym i wystarczającym do uznania, że podmiot X dokonał czynu *a* pod wpływem wolnej woli, jest stwierdzenie faktu, że dokonując *a* podmiot X nie działał pod wpływem przymusu”<sup>47</sup>. Punkt c niejako zrównuje w dyskursie prawniczym wolność woli z wolnością od przymusu. W mojej opinii założenie to jest zbyt daleko idące, biorąc pod uwagę, że uznanie wolności woli za własność metafizyczną pociąga za sobą wniosek, iż w świetle nauki nie jest możliwe rozstrzygnięcie, czy ona istnieje<sup>48</sup>. Czy wobec tego jest wystarczająco umotywowane przyjęcie założenia o jej istnieniu jako podstawy funkcjonowania systemu prawnego? Wśród grupy indeterministów są tacy, którzy znajdują pewne, dość specyficzne uzasadnienie dla przyjęcia w systemie prawnym założenia o wolnej woli. Zgodnie z tym poglądem, przyjmowanie idei wolności jest konieczne dla uzasadnienia moralności istot rozumnych. W tej sytuacji

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 168–170, 179–180.

<sup>46</sup> Zob. dział IV pierwszej księgi ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>47</sup> W. Załuski, *op.cit.*, s. 66.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 59.

nie jest konieczne, aby wolność w świecie rzeczywiście miała miejsce. Jest to pogląd powtórzony za Kantem, który to zakładał, iż rzeczywistość, którą możemy bezpośrednio obserwować, to fenomeny i tu obowiązują związki kauzalne. Jeśli gdzieś należy szukać wolności, to w świecie noumenów, do którego nie mamy jednak poznawczego dostępu<sup>49</sup>.

Jan Woleński zauważa dystynkcję między wolą w sensie ogólnej zdolności do podejmowania decyzji oraz w znaczeniu samego działania (aktu woli). Ani determinizm, ani libertarianizm nie może stosować się do woli w pierwszym z rozważanych znaczeń, ponieważ wolny może być tylko konkretny czyn, a nie zdolność do dokonania go. W tej sytuacji determinizm i wolność nie są sprzeczne, ponieważ działanie może być zdeterminowane z uwagi na swoją zależność od wcześniejszych stanów świata, ale i wolne, gdyż wynika z woli jako dyspozycji, którą posiada człowiek<sup>50</sup>. Zdaniem filozofa odpowiedzialność opiera się na zobowiązaniach, ale dla jej zaistnienia niezbędna jest wolność (należy zauważyć, że ta zależność nie musi działać w przeciwnym kierunku)<sup>51</sup>. To podejście wydaje się nie tylko mieć za sobą racje merytoryczne, ale i stanowić doskonały punkt wyjścia do rozważań o odpowiedzialności w prawie.

Dla Woleńskiego jednak ontologiczny aspekt odpowiedzialności nie musi interesować prawników – juryście wystarczy przyjąć potoczne przekonania na jej temat, aby sensownie przypisywać odpowiedzialność w jej prawnym sensie<sup>52</sup>. Przyjęcie tego typu postawy jest jednak zajęciem konkretnego stanowiska filozoficznego dystansującego się od ostatecznego orzekania na temat istnienia (lub nie) wolności woli w prawie. Decyzja o świadomym pominięciu aspektu ontologicznego moim zdaniem również potrzebuje uzasadnienia (i takie uzasadnienie wielu prawników stara się przedstawić<sup>53</sup>). Carl-Friedrich Stuckenberg proponuje odwoływanie się do perspektywy pierwszoosobowej. W tym ujęciu uznania odpowiedzialności wystarczy, aby sprawca dokonał swego czynu ze świadomością, że mógł postąpić inaczej. Innym interesującym stanowiskiem jest podejście, które również uznaje za wystarczające społeczne przekonania na temat wolnej woli do zaakceptowania uznania jej w praktyce prawnej, postulując jednak jednocześnie zerwanie ze sprawiedliwociowym spojrzeniem na prawo karne, zrównującym karę z właściwą odpłatą za zło<sup>54</sup>.

W świetle powyższych rozważań uzasadnionym jest stwierdzenie, iż wolność od przymusu jest wystarczająca dla możliwości przypisania jednostce odpowiedzialności i nie ma potrzeby zakładania istnienia wolności metafizycznej – zwłaszcza, iż byłoby to właśnie jedynie założenie, nieoparte o naukowe przesłanki.

<sup>49</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 301–302.

<sup>50</sup> J. Woleński, *Wolność...*, s. 178–179.

<sup>51</sup> J. Woleński, *Analiza i odpowiedzialność*, Znak 1995, nr 485, s. 60.

<sup>52</sup> J. Woleński, *Wolność...*, s. 176.

<sup>53</sup> J. Bremer, *op.cit.*, s. 303–306.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 302.

\* \* \*

**Metaphysical Freedom as a Condition of Responsibility?  
The Importance of Metaphysical Freedom for the Theory of Law  
in the Context of Various Philosophical Approaches**

The paper presents two approaches to freedom and how it affects theory of law. It confronts Roderick Chisholm's and Roman Ingarden's views on liberty and responsibility. Chisholm believes that only metaphysical freedom – freedom of the will makes it possible to count a person responsible for their behaviour. Ingarden argues that freedom is possible in determined world. It can be described as a freedom from coercion. Polish law explicitly includes rules referring to freedom from coercion, but freedom of the will is not sanctioned in it. It is though a rule standing behind the whole law system, but it is not supported by any scientific proof.

**Key words:** metaphysical freedom, Roderick Chisholm, Roman Ingarden

**mgr Tomasz Korandy**

## **Prawne ograniczenia wykładni znamienia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia”. Uwagi na gruncie art. 178 k.k.**

### **Streszczenie:**

Kształt regulacji prawnej dotyczącej penalizacji ucieczki sprawcy z miejsca wypadku zawsze budził w doktrynie niemałe kontrowersje. Było tak zarówno na gruncie obecnego, jak i poprzedniego Kodeksu karnego. Nie dziwi to wcale, gdyż zbiegnięcie winowajcy z miejsca zdarzenia było i jest dużym problemem. Aby odpowiedzieć na pytanie o pożądane (oraz dopuszczalne) brzmienie regulacji w pierwszej kolejności zastanowić się należy zagrożenie jakich dóbr ma zniwelować pozostanie sprawcy na miejscu. Z drugiej strony przyjąć trzeba perspektywę odmienną i zbadać jakie konsekwencje dla samego sprawcy pociąga nakładanie na niego pewnych obowiązków. W ten sposób osiągnąć można konkluzję czego powinno się od sprawcy wypadku wymagać i za co ewentualnie karać. Celem artykułu nie będzie kompleksowo odpowiedzieć na powyższe pytanie, lecz skupić się na jednej kwestii szczegółowej – kolizji statuowanych przez art. 44 p.r.d. obowiązków z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*. Wydaje się bowiem wątpliwe, czy w stanie faktycznym, w którym jedynym zagrożonym przez ucieczkę sprawcy dobrem prawnym byłyby interes wymiaru sprawiedliwości, dopuszczalne z perspektywy konstytucyjnej (ale i celowościowej) jest karanie sprawcy za opuszczenie miejsca wypadku bez poinformowania o zdarzeniu policji. Rozważania na ten temat pozwolą ocenić, czy przyjmowana dziś powszechnie (i narzucająca się po literalnej analizie przepisów) wykładnia znamienia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia” jest dopuszczalna w świetle ustawy zasadniczej.

**Słowa kluczowe:** kodeks karny, zbiegnięcie sprawcy, wypadek drogowy

## 1. Uwagi wstępne odnośnie art. 178 k.k.

Zadaniem artykułu jest odpowiedzieć na pytanie, czy art. 178 k.k. zgodny jest z Konstytucją. Powszechnie przyjmuje się, że przepis ten w części dotyczącej zbiegnięcia z miejsca zdarzenia penalizuje niewykonanie statuowanych w art. 44 p.r.d. obowiązków. Niektóre z tych obowiązków, przede wszystkim wezwanie policji, stoją w jawnej sprzeczności z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*. Celem tekstu będzie dokonanie analizy racji (wartości) przemawiających za dokonaniem wyłomu w tej fundamentalnej dla prawa karnego zasadzie i ocenić, czy ich moc jest wystarczająca. Akcent położony zostanie na pewien szczególny układ sytuacyjny, w którym sprawca wypadku oddala się miejsca wypadku udzieliwszy wcześniej niezbędnej pomocy poszkodowanym i zaspokoivszy ich cywilnoprawne roszczenia. W takiej bowiem sytuacji zagrożenie dla chronionych przez art. 178a k.k. dóbr, tj. zdrowia, życia oraz cywilnoprawnych interesów pokrzywdzonego znika, a na polu chronionych wartości pozostaje wyłącznie interes wymiaru sprawiedliwości. W istocie zatem przedmiotem artykułu będzie odpowiedź na pytanie, czy na gruncie art. 178 k.k. wzgląd na interes wymiaru sprawiedliwości ograniczyć może zasadę *nemo tenetur*. Ponieważ z naszkicowaną powyżej konfiguracją zetknąć się można wcale nierzadko, odpowiedź negatywna będzie miała niebagatelne znaczenie praktyczne.

### 1.1. Charakter regulacji

Art. 178 k.k. nie jest wyjątkowo rozbudowaną jednostką redakcyjną. Nie stało się to wszakże ograniczeniem dla sporów i kontrowersji, które się rzeczonego przepisu tyczą. Po pierwsze, nie ma zgody co do jego charakteru. Niektórzy autorzy<sup>1</sup> wskazują, że to typ kwalifikowany względem typów z art. 173, art. 174 oraz art. 177. Inni uważają, że opisuje warunki nadzwyczajnego obostrzenia kary wymierzonej za wymienione powyżej czyny zabronione<sup>2</sup>. Jeszcze inni – nieliczni – proponują, by traktować go jako osobny typ czynu zabronionego o specyficznie określonych znamionach<sup>3</sup>. Nie jest celem artykułu by dyskusję tę rozstrzygnąć. Sygnalizacyjnie tylko wskażę (choć wybór ten nie będzie miał konsekwencji dla rozważań i wniosków), że w dalszej części tekstu przyjmę koncepcję typu kwalifikowanego (i wieloczynowego), jako najtrafniejszą.

<sup>1</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 483–484; M. Budyń-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks Karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2015, art. 178, teza 1; w pewnym zakresie podobnie G. Bogdan [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks Karny Część szczególna. Tom II*, LEX 2013, art. 178, teza 1–4, 14–16.

<sup>2</sup> J. Lachowski [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, *Kodeks Karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016, art. 178, teza 1; R.A. Stefański [w:] M. Filar (red.), M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks Karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016, art. 178, teza 1; T. Razowski [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014, art. 178, teza 1.

<sup>3</sup> Postanowienie SN z dnia 19 lipca 2006 r., III KK 139/06, LEX nr 193078.

## 1.2. Zbiegnięcie z miejsca zdarzenia

Z art. 178 k.k. związany jest jeszcze inny, znacznie donioślejszy problem. Jest nim wykładnia znamienia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia” lub mówiąc szerzej – zakres penalizowanych w jego ramach zachowań. Ta właśnie część przepisu, regulująca ucieczkę sprawcy wypadku, będzie wyłącznym przedmiotem artykułu. Stanowi nietrzeźwości lub odurzenia, jako zagadnieniom odrębnym, nie zostanie poświęcona uwaga<sup>4</sup>.

Nie przedstawia specjalnych trudności interpretacja wyrażenia „zbiegl”, gdy chodzi o kompleks ruchów, które opisuje (czysto fizykalną stronę czynu). Wystarczające jest odwołanie się do wykładni leksykalnej. Oznacza ono więc „opuścić jakieś miejsce”, umknąć skądś<sup>5</sup>, samowolnie oddalić się z miejsca wypadku<sup>6</sup>. *Lege non distinguente*, niekoniecznie tym pojazdem, którym sprawca kierował w chwili wypadku. Porzucenie samochodu i piesze odejście z miejsca zdarzenia również zrealizować może hipotezę art. 178 k.k.<sup>7</sup>

## 1.3. Strona podmiotowa ucieczki

Oczywiście, termin „zbiec” ma pewne szczególne konotacje dla strony podmiotowej. Nie sposób wyobrazić sobie nieumyślnego zbiegnięcia. Wyrażenie takie jest po prostu oksymoronem. Ze względu jednak na brak umieszczenia w przepisie klauzuli nieumyślności spostrzeżenie to niczego nie zmienia na gruncie normatywnym. Znamiona z art. 178 k.k. niewątpliwie objęte muszą być umyślnością. Czy jednak postać zamiaru może być dowolna? Wiele, zarówno doktrynalnych, jak i orzeczniczych wypowiedzi, stanowczo temu przeczy. Wśród nich wymienić wypada G. Bogdana<sup>8</sup>, J. Piórkowską-Flieger<sup>9</sup> oraz wyroki SN<sup>10</sup>. Prezentowane w nich jest stanowisko, że „zbiegnięcie” to zachowanie kierunkowe. „O ucieczce kierowcy z miejsca wypadku można mówić wtedy, gdy oddala się z miejsca wypadku, by uniknąć zidentyfikowania go, by utrudnić ustalenie przyczyny wypadku bądź też by uniknąć ewentualnej odpowiedzialności za spowodowanie wypadku”<sup>11</sup>. Przyświecającym sprawcy celem ma być osiągnięcie jednego z trzech efektów:

- 1) uniemożliwienie lub utrudnienie ustalenia przyczyn wypadku,
- 2) uniemożliwienie lub utrudnienie ustalenia stanu nietrzeźwości lub stanu pod wpływem środka odurzającego sprawcy,
- 3) uniemożliwienie lub utrudnienie ustalenia tożsamości sprawcy.

<sup>4</sup> Konsekwentnie pominę też kontrowersje związane z karaniem ucieczki jako zastępczej kryminalizacji jazdy w stanie nietrzeźwości.

<sup>5</sup> *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, t. 2, Warszawa 2001, s. 642.

<sup>6</sup> G. Bogdan, *op.cit.*, art. 178, teza 10; wyrok SN z dnia 17 stycznia 2012 r., V KK 389/11, LEX nr 1135693; J. Satko, *Glosa do wyroku SN z dnia 15 marca 2001 r.*, III KKN 492/99, OSP 2001/12/185.

<sup>7</sup> R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, LEX 2008, art. 44, teza 16.

<sup>8</sup> „Motywacja ta wpływa na kierunkowy charakter omawianego znamienia – nie wystarczy, że sprawca oddalający się z miejsca zdarzenia godzi się z uniknięciem w ten sposób odpowiedzialności karnej” – G. Bogdan, *op.cit.*, art. 178, teza 10.

<sup>9</sup> J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, art. 178, teza 2.

<sup>10</sup> Wyrok z dnia 18 maja 2009 r., III KK 22/09, LEX nr 515565; wyrok z dnia 6 lipca 2011 r., II KK 23/11, LEX nr 898593.

<sup>11</sup> Postanowienie SN z dnia 27 sierpnia 1968 r., Rw 948/68, OSNKW 1968, nr 12, poz. 143.



Wydaje się jednak, że nie ma dostatecznych racji, by konstatować, że przepis art. 178 k.k. wymaga zamiaru ukierunkowanego na szczególny cel. Społeczna szkodliwość ucieczki z miejsca wypadku wynika bowiem z elementów czysto przedmiotowych. Skoro norma zawarta w art. 178 k.k. „służyć ma przede wszystkim ułatwieniu wszechstronnego wyjaśnienia przebiegu wypadku i ochronie interesów wymiaru sprawiedliwości oraz cywilnoprawnych interesów podmiotów uczestniczących w zdarzeniu”<sup>12</sup> to rozwiązaniem z pewnością nieoptymalnym byłoby zawężanie pola karalności poprzez wymóg specyficznie ukierunkowanego zamiaru. Dla pokrzywdzonego, który nie uzyska zadośćuczynienia lub rekompensaty za szkody, bez jakiegokolwiek znaczenia pozostaje motywacja sprawcy wypadku. Podobnie w interesie wymiaru sprawiedliwości leży, by osądzić wszystkich sprawców przestępstw z art. 173, art. 174 oraz art. 177 k.k., a nie tylko działających z *dolus coloratus*. Z perspektywy chronionych dóbr każdy powód, dla którego sprawca ucieka, jest równie niebezpieczny. Oczywiście w praktyce i tak *gross* ucieczek motywowanych będzie chęcią uniknięcia odpowiedzialności. Można jednak wyobrazić sobie inne rodzaje motywacji, np. obawę przed spojrzeniem w oczy pokrzywdzonemu czy konieczność zajęcia sprawami, których załatwienie nie byłoby możliwe po „stracie” czasu na współdziałanie z policją w ustalaniu przyczyn wypadku i dokumentowaniu jego przebiegu. W takich sytuacjach uniknięcie odpowiedzialności objęte będzie jedynie zamiarem wynikowym. Ponieważ art. 178 k.k. jest przepisem o czysto ochronnej funkcji, nieracjonalnym byłoby uznanie, że tak motywowane ucieczki leżą poza zakresem jego zastosowania. Godną aprobaty jest zatem interpretacja, że postać zamiaru jest irrelevantna i wystarczające jest, że sprawca oddala się z miejsca wypadku ze świadomością odpowiednio wysokiego prawdopodobieństwa, że dojdzie do naruszenia bądź zagrożenia dóbr pokrzywdzonego lub wymiaru sprawiedliwości. Stanowisko „indyferencyjne”, dopuszczające na gruncie art. 178 k.k. każdą postać umyślności, przyjęte zostało m.in. przez J. Lachowskiego<sup>13</sup>, T. Razowskiego<sup>14</sup> oraz w kilku judykatach Sądu Najwyższego<sup>15</sup>.

## 2. Zakres zachowań karalnych

Pytaniem fundamentalnym dla wyznaczenia zakresu zastosowania normy sankcjonującej jest określenie, jakie warunki muszą być spełnione, by opuszczenie miejsca wypadku nie zostało uznane za zbiegnięcie. Aby na nie odpowiedzieć, zrekonstruować trzeba treść normy sankcjonowanej, stanowiącej podwalinę art. 178 k.k. Pomocą w tym względzie jest treść art. 44 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym<sup>16</sup> (dalej jako: p.r.d.). Określa on obowiązki uczestnika (zatem również i sprawcy – podmiotu czynu z art. 178 k.k.) wypadku drogowego. Należą do nich:

<sup>12</sup> Postanowienie SN z dnia 11 czerwca 2002 r., II KK 110/02, LEX nr 54398.

<sup>13</sup> J. Lachowski, *op.cit.*, art. 178, teza 5.

<sup>14</sup> T. Razowski, *op.cit.*, art. 178, teza 12.

<sup>15</sup> Wyrok SN z dnia 27 marca 2001 r., IV KKN 175/00, LEX nr 51400; wyrok SN z dnia 17 stycznia 2012 r., V KK 389/11, LEX nr 1135693.

<sup>16</sup> Dz.U. z 1997, Nr 98, poz. 602.

- a) zatrzymanie pojazdu,
- b) przedsięwzięcie odpowiednich środków w celu zapewnienia bezpieczeństwa ruchu w miejscu wypadku,
- c) niezwłoczne usunięcie pojazdu z miejsca wypadku (jeżeli nie ma zabitego lub ranego),
- d) podanie swoich danych personalnych, danych personalnych właściciela lub posiadacza pojazdu oraz danych dotyczących zakładu ubezpieczeń, z którym zawarta jest umowa obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, na żądanie osoby uczestniczącej w wypadku,
- e) udzielenie niezbędnej pomocy ofiarom wypadku oraz wezwanie zespołu ratownictwa medycznego i policji,
- f) niepodjęcie czynności, które mogłyby utrudnić ustalenie przebiegu wypadku,
- g) pozostanie na miejscu wypadku, a jeżeli wezwanie zespołu ratownictwa medycznego lub policji wymaga oddalenia się – niezwłoczne powrót na to miejsce.

Sumienne wykonanie tych właśnie obowiązków zabezpieczać ma art. 178 k.k. Można zatem postawić tezę, że ich wykonanie stanowić będzie granicę, po przekroczeniu której nie będzie można mówić o realizacji znamienia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia”. Aby więc legalnie opuścić miejsce wypadku dokonać trzeba wszystkich wymaganych czynności. Brak, przynajmniej *prima facie*, podstawy normatywnej by uznać, że wykonanie tylko niektórych wystarczy, aby uniknąć odpowiedzialności z art. 178 k.k. Słuszność owego przypuszczenia, a w szczególności jego zgodność z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*, chciałbym na łamach niniejszego artykułu przedyskutować.

W pierwszej kolejności należy pochylić się nad zasadnością samej supozycji, że art. 44 p.r.d. zawiera składające się na treść normy sankcjonowanej reguły postępowania. Reguły te są wynikającymi z wiedzy i doświadczenia życiowego dyrektywami jak postępować w danych sytuacjach. Mogą być one przez ustawodawcę skodyfikowane (choć nigdy wyczerpująco) w aktach normatywnych<sup>17</sup>. W przypadku ruchu drogowego przyjmuje się, że ustawa Prawo o ruchu drogowym jest zbiorem takich właśnie reguł<sup>18</sup>. Konsekwentnie zatem i art. 44 należy przypisać taką rolę. Rzecz jasna uregulowane w nim obowiązki niekoniecznie wyczerpują treści norm sankcjonowanych chroniących życie i zdrowie uczestników wypadku, cywilnoprawne interesy pokrzywdzonego oraz interes wymiaru sprawiedliwości. Normy te współkonstruowane mogą być przez inne jeszcze, spisane bądź nie, reguły postępowania. Wydaje się wszakże, że brak jest innych przepisów dotyczących *stricte* zachowania się po wypadku, zaś doświadczenie życiowe zawiera jedynie wskazówki jak wyglądać ma realizacja, statuowanych przez art. 44 u.r.d., obowiązków.

O bezprawności oddalenia się z miejsca zdarzenia decyduje zatem zastosowanie się do art. 44 p.r.d. Sama ta konstatacja nie determinuje jednak wniosku, że niewykonanie choćby jednego, dowolnego obowiązku aktualizuje konieczność kwalifikowania zachowania sprawcy przez pryzmat art. 178 k.k. Penalizowane będzie bowiem tylko

<sup>17</sup> A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna*, Warszawa 2012, s. 153–154 wraz z cytowaną tam literaturą.

<sup>18</sup> G. Bogdan, *op.cit.*, art. 173, teza 9–11.

niewykonanie takiego obowiązku, który służyć miał zabezpieczeniu dobra prawnego chronionego przez przepis ustawy karnej. Powszechnie przyjmuje się, że typ kwalifikowany o znamionach opisanych w art. 177 w zw. z art. 178 k.k. chroni kilka dóbr prawnych. Z perspektywy znamion art. 177 k.k. jest to życie i zdrowie ludzkie (w doktrynie, niepotrzebnie i niesłusznie, wyodrębnia się również osobne dobro zwane bezpieczeństwem w komunikacji<sup>19</sup>). Relewantne dla niniejszych rozważań znamię kwalifikujące „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia” wzbogaca katalog przedmiotów ochrony o cywilnoprawne interesy podmiotów uczestniczących w zdarzeniu oraz o interes wymiaru sprawiedliwości<sup>20</sup>. Przyjąć należy, że przedmiotem ochrony jest również życie i zdrowie ранego uczestnika wypadku, któremu sprawca powinien udzielić niezbędnej pomocy i zapewnić opiekę służb medycznych. Analiza obowiązków określonych w art. 44 p.r.d. prowadzi do wniosku, że każdy z nich ma za zadanie chronić jedno z wymienionych dóbr. Dlatego naruszenie któregośkolwiek potencjalnie naraża sprawcę na odpowiedzialność z art. 178 k.k. Tezę tą nie sposób objąć tylko nakaz niepodejmowania czynności mogących utrudnić ustalenie przebiegu wypadku (art. 44 ust. 2 pkt 2). Wykraczałoby wszakże poza rezultaty wykładni językowej przyjęcie, że sprawca, który dopuścił się jakiegoś utrudniającego śledztwo postępowu, ale pozostał na miejscu i wykonał resztę obowiązków, uciekł z miejsca zdarzenia. Ze względu na szczególną i wiążącą rolę wykładni literalnej w prawie karnym, a *limine* wykluczyć należy możliwość, by sprzeniewierzenie się temu akurat nakazowi prowadziło do wyczerpania znamion typu kwalifikowanego z art. 177 § 1 lub 2 w zw. z art. 178 k.k.

### 3. Kolidzja z zasadą *nemo tenetur*

#### 3.1. Przyczyny kolidzji

Z wprowadzeniem karalności ucieczki, rozumianej jak powyżej, wiąże się problem jej uzasadnienia. Wykonanie przez sprawcę w zasadzie każdego z obowiązków jest co najmniej pośrednim dostarczeniem dowodu na własną niekorzyść i znacząco zwiększa ryzyko, a czasem niemal przesądza o poniesieniu odpowiedzialności karnej za wypadek (katastrofę lub jej bezpośrednie niebezpieczeństwo). Obwarowywanie ich niewykonania sankcją karną stoi zatem w sprzeczności z formułowaną przez art. 74 § 1 k.p.k. zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*. Wskazana zasada to jeden z filarów konstytucyjnie gwarantowanego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP). Wyraża ona brak obowiązku oskarżonego do obwiniania się lub dostarczania dowodów przeciwko sobie. Racją jej istnienia jest zagwarantowanie oskarżonemu możliwości skutecznej obrony w postępowaniu oraz założenie, że ze względu na zasadę skargowości, to po stronie oskarżenia ciąży obowiązek zaprezentowania dowodów winy. Oczywiście prawo do obrony (i sama zasada *nemo tenetur*), jak zdecydowana większość konstytucyjnych praw, może podlegać ograniczeniom<sup>21</sup>. Całą ich listę przewiduje art. 74 § 2 i 3 k.p.k.

<sup>19</sup> A. Lachowski, *op.cit.*, s. 810; T. Razowski, *op.cit.*, s. 333; R.A. Stefański, *Kodeks...*, s. 1011.

<sup>20</sup> Postanowienie SN z dnia 11 czerwca 2002 r., II KK 110/02, LEX nr 54398.

<sup>21</sup> P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 448, 457.

Nie można zatem apriorycznie uznać danej regulacji za niekonstytucyjną z tego tylko powodu, że stoi w sprzeczności z rzeczoną zasadą. Jednakże przesłanki, które muszą być spełnione, by wyjątek był dopuszczalny, są restrykcyjne. Są to ogólne warunki ograniczania praw i wolności konstytucyjnych, określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wymogiem formalnym jest, by dokonało się to w akcie rangi ustawowej. Przesłanki materialne sprowadzają się do konieczności zaistnienia kolizji między ograniczanym prawem a co najmniej jedną z sześciu wyliczonych w przepisie wartości (dóbr). Ostatni poziom kontroli to test proporcjonalności (kryterium przydatności, konieczności proporcjonalności)<sup>22</sup>. W żadnym jednak razie, nawet przy spełnieniu powyższych warunków, nie jest dopuszczalne ograniczenie, które negowałoby samą istotę prawa<sup>23</sup>.

Jest klarowne, że z perspektywy interesu sprawcy najlepiej byłoby z piskiem oponować z miejsca wypadku. Wtedy szansa na uniknięcie skazania byłaby największa. Oczywiście jest jednak, że rozwiązanie takie, nie tylko moralnie, lecz i prawnie zaakceptowane być nie może. Sprzeciwiają się temu inne niż prawo do obrony chronione przez system wartości (zdrowie pokrzywdzonego, jego cywilnoprawne interesy oraz prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości). Kolizję tego rodzaju rozstrzygać się powinno poprzez porównanie kolidujących wartości i wybór rozwiązania nakierowanego na ochronę dobra ważniejszego, przy jednoczesnej dbałości o możliwie najmniejsze naruszenie pozostającego w kolizji dobra. Aby więc dokonać oceny penalizacji niedochowania obowiązków określonych w art. 44 p.r.d., trzeba dokonać powyższego testu i porównać jego wyniki z prawną rzeczywistością. Ponieważ obowiązki z pkt. 1–3 ust. 1 w stosunkowo niewielkim stopniu godzą w interes sprawcy wypadku, analizę rozpocznię od pkt 4.

### 3.2. Cywilnoprawne interesy pokrzywdzonego

Na żądanie osoby uczestniczącej w wypadku sprawca (jak i każdy inny uczestnik) obowiązany jest podać różnorakie dane, w tym swoje personalne. Z jego punktu widzenia jest to bardzo niebezpieczne, gdyż ujawniając swoją tożsamość, jeśli tylko wszczęte zostanie postępowanie, a okoliczności wypadku są w miarę jednoznaczne, praktycznie wydaje na siebie wyrok skazujący. Skrajnym nieposzanowaniem pokrzywdzonego byłoby nie przyznać mu prawa do „wylegitymowania” sprawcy. Inaczej dalece utrudnione byłoby dochodzenie wobec niego swoich roszczeń o zadośćuczynienie lub odszkodowanie. Przedziwny byłby to system, który w sytuacji konfliktu interesów indywidualnych sprawcy i ofiary preferowałby tego pierwszego. Jak podnosił Z. Sobolewski, „tolerowanie ucieczki zachwiałoby równowagę między zasadą *nemo tenetur* (...), a potrzebą zapewnienia osobom pokrzywdzonym uczestniczącym w wypadku rekompensaty moralnej i materialnej”<sup>24</sup>. Nie jest też na gruncie przepisów karnych ewenementem kryminalizowanie zachowań dłużnika dążących do uszczuplenia należności wierzyciela. Funkcję

<sup>22</sup> L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności*, PiP 2001, z. 10, s. 18–21.

<sup>23</sup> Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98 (Dz.U. z 2000, Nr 3, poz. 46).

<sup>24</sup> Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 30.

taką spełniają chociażby art. 300 § 1 i 2 k.k. czy art. 586 k.s.h. Do statuowanego przez art. 44 ust. 1 pkt 4 obowiązku nie można zatem mieć zastrzeżeń.

### 3.3. Udzielenie pomocy

Zgodnie z art. 44 p.r.d. pkt 1 ust. 2 sprawca powinien udzielić niezbędnej pomocy ofiarom wypadku i wezwać odpowiednie służby medyczne. Tu również oczywiste jest, że czyniąc to znacznie zwiększają się szanse na identyfikację sprawcy (zarówno przez pokrzywdzonych, jak i naocznych świadków), chociażby poprzez spisanie numerów rejestracyjnych jego pojazdu. Jednakże ze względu na wagę dobra, które leży na drugiej szali (zdrowie i życie to najcenniejsze przecież przedmioty ochrony) nie można mieć wątpliwości, że słuszne jest obarczenie sprawcy obowiązkiem pomocy, a jego niewykonanie należy penalizować. Istnieje w nauce pełna zgoda, że granice prawa do obrony nie są zakreszone na tyle szeroko by usprawiedliwiać zabójstwo świadka czy zastraszanie biegłego. Za ewentualne próby oskarżony ponosić będzie pełną odpowiedzialność. Nie ma zatem powodu by sprawcę wypadku drogowego traktować odmiennie, a jego prawo do obrony czynić szerszym.

### 3.4. Obowiązek samodenuncjacji

Sceptycyzm budzi drugi z zawartych w art. 44 p.r.d. pkt 1 ust. 2 obowiązków, tj. wezwanie policji. Pogląd się on jeszcze bardziej po zestawieniu pkt. 1 z dyspozycją pkt. 3. Przepisy te odczytywane razem tworzą normę obligującą sprawcę do wezwania policji i oczekiwania na jej przyjazd. Oczywiście, czasem wykonanie pozostałych obowiązków przesądzi już o demaskacji sprawcy i niechybnym skazaniu go za spowodowanie wypadku. Z tej perspektywy dyskusja o konstytucyjności przepisu miałaby znaczenie czysto teoretyczne, bez realnych konsekwencji praktycznych (skoro i tak wykonanie innych obowiązków skutkowałoby zawiadomieniem o wypadku i uzyskaniem przez służby danych sprawcy). Do pomyślenia są jednak takie układy sytuacyjne – zdarzające się nadto nie tak rzadko – gdy dopiero wezwanie policji dostarczy organom ścigania informacji o popełnionym przestępstwie i tożsamości sprawcy. Przykładem będzie wypadek, w którym pokrzywdzony doznał co prawda średniego uszczerbku na zdrowiu (inaczej nie zrealizowane byłyby znamiona żadnego z typów opisanych w art 177 k.k.), ale nie jest to uraz bezdyskusyjnie wymagający wezwania służb medycznych (skręcona kostka, złamana ręka, ogólne mocne potłuczenia – przykłady mnożyć można w nieskończoność)<sup>25</sup>. Sprawca mógłby w takim wypadku zadeklarować gotowość zawiezienia rannego na pogotowie lub do szpitala (który czasem mógłby tam udać się nawet o własnym siłach). W taki sposób zniwelowane byłoby zagrożenie dla zdrowia pokrzywdzonego. Jego cywilnoprawne interesy (reprezentujących pewien wycinek dobra prawnego zwanego mieniem) również nie muszą być zagrożone jeśli stróża prawa nie zainterweniuje. W wielu przypadkach pokrzywdzony będzie szczęśliwy z możliwości polubownego załatwienia sprawy, bez konieczności wkraczania na drogę sądową. Jeśli zatem poszkodowany i zobowiązany dojdą na miejscu do porozumienia jak naprawić powstałe szkody, odpadnie niebezpieczeństwo

<sup>25</sup> Siłą rzeczy będą to zwykle potrącenia pieszych i rowerzystów.



dla drugiego z chronionych przez art. 178 k.k. dóbr. Jak wiadomo, brak ataku (zagrożenia) dla dobra prawnego przesądza o legalności zachowania, konsekwencją czego nie może ono być ukarane<sup>26</sup>. Pytanie, które należy więc postawić brzmi: czy interes wymiaru sprawiedliwości<sup>27</sup> (jak najwyższa wykrywalność przestępstw) jest wystarczającym uzasadnieniem, by nałożyć na sprawcę nakaz będący *de facto* obowiązkiem samodenuncjacji i obwarować go sankcją karną<sup>28</sup>.

#### 4. Rozstrzygnięcie kolizji prawa do obrony z interesem wymiaru sprawiedliwości

Już na wstępie należy stwierdzić, że zazwyczaj kolizja taka rozstrzygana bywa na korzyść prawa do obrony. P. Wiliński stwierdza: „Prawo oskarżonego do obrony uznawane jest często za prawo wyższego rzędu niż interes wymiaru sprawiedliwości”<sup>29</sup>. Nie oznacza to jednak (co sam autor po chwili dodaje), że nigdy nie dozna ono ograniczenia. Niemniej będą to wyjątki, dotyczące nadto zwykle prawa procesowego, a nie materialnego.

##### 4.1. Kolizja na gruncie innych przepisów Kodeksu karnego

Prymat prawa do obrony nad interesem wymiaru sprawiedliwości bardzo wyraźnie dostrzec można na tle regulacji rozdz. XXX k.k. Analizując zakres penalizowanych w nim czynów nietrudno zauważyć, że zdecydowano się nie karać bardzo szerokiego kręgu zabiegów oskarżonego, godzących w prawidłowy przebieg procesu, podjętych by uniknąć odpowiedzialności. Treść art. 233 § 1 k.k. przesądza, że bezkarne jest składanie fałszywych wyjaśnień<sup>30</sup>. Klauzula z art. 236 § 2 k.k. stanowi o niekryminalizowaniu zatajania dowodów niewinności innej osoby z obawy przed odpowiedzialnością grożącą sprawcy, a nawet jego najbliższemu. Regulacja ta jest tym bardziej znacząca, że chroniony na jej gruncie jest nie tylko interes wymiaru sprawiedliwości, ale też interes konkretnej jednostki, nad którą wisi perspektywa niesłusznego skazania.

<sup>26</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 171–172.

<sup>27</sup> K. Buchała, *Zbiegnięcie kierującego pojazdem mechanicznym z miejsca zdarzenia* [w:] *Rozważania o prawie karnym*, red. A. Szwarc, Poznań 1999, s. 50, prezentuje pogląd, że art. 178 k.k. ma na celu zapobiec pełnej bezkarności uciekającego z miejsca wypadku i tym samym stoi na straży bezpieczeństwa ruchu drogowego. Odrzucając tezę o istnienie takiego dobra, należy to twierdzenie przeformułować. W wyniku tego zabiegu art. 178 chronić ma życie i zdrowie. Złożenie takie podzielić można tylko jeśli za prawdziwą uznać presumpcję, że uniknięcie odpowiedzialności za spowodowanie jednego wypadku zachęci sprawcę do nieostrożnej jazdy w przyszłości. Jakkolwiek rozumowanie takie ma pewne podstawy, to wydaje się jednak, że zbiegnięcie z miejsca zdarzenia zbyt słabo powiązane jest ze spowodowaniem kolejnego wypadku i penalizacja odwołująca się do takiego uzasadnienia obciążona byłaby zarzutem zbyt dalekiego wybiegania na przedpole naruszenia chronionego dobra.

<sup>28</sup> P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Zasady procesu karnego. Część 2*, s. 1550.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 511.

<sup>30</sup> Niektórzy autorzy (np. M. Szewczyk w glosie do wyroku SN, V KK 194/03, OSP 2004, z. 12, s. 682) przekonują, że kontratypem prawa do obrony objęte są też inne (art. 234, art. 235, art. 238) przestępstwa, jeżeli popełnione zostały „przy okazji” złożenia fałszywych wyjaśnień. Stanowisko to tylko uwytkla znaczenie i wagę tej instytucji.



Najbardziej uderzającym przykładem są normy z art. 240 k.k.<sup>31</sup> Jego § 1 nakazuje informować organy ścigania o przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu, enumeratywnie wyliczonych i charakteryzujących się bardzo wysoką społeczną szkodliwością przestępstw. Interesujące są dwa spostrzeżenia. Po pierwsze, co nie dziwi, w katalogu tym brak art. 177 k.k. Po drugie, § 3 *explicite* uchyla odpowiedzialność osoby, która w przypadku denuncjacji (czynu zabronionego popełnionego przez inną osobę) sama narażałaby się na wszczęcie postępowania (za własny czyn)<sup>32</sup>. Znaczy to, że ustawodawca uznał, iż nie można wymagać od kogoś, by donosił o własnym przestępstwie (*lege non distinguente* nawet bardzo blahym), nawet jeśli ze społecznego punktu widzenia może być to niezwykle istotne dla bezpieczeństwa państwa (np. wiadomość o przygotowywanym zamachu stanu).

#### 4.2. Regulacja art. 178 k.k. w kontekście zasady równości

Nie sposób nie dostrzec wewnętrznej niespójności systemu, która pojawiłaby się wraz z przyjęciem, że niewykonanie obowiązku zawiadomienia policji i oczekiwania na jej przybycie, przy jednoczesnym braku zagrożenia dla zdrowia i cywilnoprawnych interesów pokrzywdzonego, wypełnia hipotezę art. 178 k.k. Brak bowiem jakichkolwiek racji dla których większą wagę należałoby przykładać do osądzenia sprawców określonych przestępstw drogowych aniżeli sprawców przestępstw wymienionych w art. 240 k.k. Wyższy ciężar gatunkowy przestępstw wyliczonych w art. 240 k.k. oraz prymat prewencyjnej roli prawa karnego kazałby raczej rozumować odwrotnie. O wiele większe korzyści płynęłyby z wiadomości o jeszcze niedokonanym zamachu terrorystycznym niż popełnionym już przestępstwie drogowym. Rozdźwiękiem w systemie byłoby też to, że zobowiązany do doniesienia na siebie sprawca, z chwilą spełnienia obowiązku, stałby się uprawniony do składania fałszywych zeznań. Jeszcze większym paradoksem (a raczej absurdem) byłaby następująca konsekwencja. Sprawca wypadku nie wzywając policji (i uniemożliwiając tym samym zebranie dowodów) zostałby dodatkowo ukarany. Natomiast jego bliski, ze względu na regulację art. 239 § 3 k.k., aktywnie zacierający ślady tego czynu zabronionego, mógłby liczyć na nadzwyczajne złagodzenie lub nawet odstąpienie od wymiaru kary. Byłaby to doprawdy trudna do pomyślenia konsekwencja. Jakże bowiem wyjątkowe okoliczności związane ze specyfiką przestępstw drogowych mogłyby ją uzasadnić?

Warto zauważyć, że uniemożliwienie dokonania wymienianych w art. 74 § 2 i 3 k.p.k. czynności nie zostało przez ustawodawcę kryminalizowane. Można stosować środki przymusu bezpośredniego (art. 74 § 3a k.p.k.), ale nigdy instrumenty represyjne (zawierające komponent retributywny)<sup>33</sup>. Próbę wprowadzenia takiej regulacji niechybnie okrzyknięto by łamiącą gwarancje konstytucyjne i międzynarodowe.

<sup>31</sup> Por. M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, rozdział I.2.

<sup>32</sup> J. Zylińska, *Prawny obowiązek zawiadomienia o niektórych przestępstwach (240 k.k.)*, Prok. i Pr. 10/2015, s. 59; T. Razowski, *op.cit.*, art. 240, teza 20.

<sup>33</sup> S. Steinborn [w:] S. Steinborn (red.), J. Grajewski, P. Rogoziński, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX 2016, teza 9 do art. 74.

Niepodobnym jest znalezienie racji przemawiających za tym, by sprawców wypadków (lub katastrof) drogowych traktować odmiennie (znacznie ostrzej) od całej reszty. Taki natomiast wniosek implikuje, że w perspektywie art. 32 Konstytucji niedozwolone jest nakładanie na nich obowiązku samodenuncjacji. Zasada równości nakazuje wszakże, by osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji traktować jednakowo. Jedynie wskazanie relewantnych, dla ewentualnego różnicowania zakresu prawa do obrony, odmienności faktycznych uzasadniać mogłoby stosowanie podwójnych standardów<sup>34</sup>.

#### 4.3. Wykładnia art. 178 k.k. w kontekście zasady proporcjonalności

Istnieją ponadto samoistne (nieodwołujące się do spójności systemowej) powody dla, których niedopuszczalna jest wykładnia pozwalająca dodatkowo penalizować wyłącznie nie-  
dochowanie obowiązku powiadomienia policji o wypadku. Po pierwsze, należy zauważyć, że do limitowania prawa do obrony (jako prawa osobistego) trzeba przykładać „surowsze standardy oceny [...] niż do praw ekonomicznych i socjalnych”<sup>35</sup>. Fundamentem demokratycznego państwa prawnego jest niemożność wyrugowania obywatela z prawa tylko dlatego, że byłoby to korzystne dla reszty społeczeństwa<sup>36</sup>. Nie jest to jednak argument ucinający wszelką dyskusję, gdyż czasem prawa jednostki mogą i bywają ograniczane dla dobra ogółu (np. wyłączenie czy też wymierzenie kary). Taka limitacja dopuszczalna jest wszelako tylko, jeśli zda wspomniany już test proporcjonalności. W analizowanym przypadku warunek przydatności jest niewątpliwie spełniony. Zastrzeżenia pojawiają się co do konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*.

Weryfikacja zachodzenia „konieczności” wymagałaby przedyskutowania alternatywnych sposobów walki z przestępczością komunikacyjną, przy czym, jak się zdaje, trudno byłoby o jednoznaczną konkluzję. Pominę zatem ten aspekt i pochyłę się na kolejnym, bardziej interesującym.

By właściwie przeanalizować trzeci z elementów, nieodzownym jest określenie rangi kolidujących wartości (interesów). Powyżej zaakcentowałem już doniosłość prawa do obrony. Jak ważne jest jednak, by sprawcę wypadku ukarano? Powszechność zjawiska niewzywania policji w sytuacji, gdy uczestnicy wypadku są w stanie dojść do porozumienia, dowodzi, że ludzie nie potrzebują publicznego napiętnowania takiego sprawcy wyrokiem. Za wystarczające potwierdzenie bezprawności przyjmują przeproszenie i naprawienie szkód. Co więcej, skuteczność indywidualnoprewencyjnego oddziaływania kary nie jest oszałamiająca<sup>37</sup>. Ludzie powodują niebezpieczne zdarzenia z braku wyobraźni, a nie z powodu demoralizacji. Nie powinno być złudzeń co do tego, że nawet gdyby skazywano każdego sprawcę wypadku, to zjawisko nie zniknęłoby.

<sup>34</sup> P. Sarnecki [w:] P. Czarny, A. Kulig, B. Naleziński, P. Sarnecki (red.), P. Tuleja, K. Wojtyczek, Warszawa 2014, s. 157.

<sup>35</sup> Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995, K 11/ 94, OTK 1995, cz. I, poz. 12, stale aktualne na gruncie obecnej Konstytucji.

<sup>36</sup> M. Zubik [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, red. L. Garlicki, M. Zubik, s. 132 i nast.

<sup>37</sup> *Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych*, s. 102 i nast., <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/publikacje>, 17.05.2017.

Ponadto dla niektórych osób większy niż kara (często warunkowo zawieszana) walor wychowawczy będzie miała sama świadomość narażenia kogoś na niebezpieczeństwo.

Oczywiście odczucia społeczne nie są decydujące. Skoro nie rezygnuje się (a co najwyżej bierze pod uwagę przy wymiarze środków represji) z karania w sytuacjach, gdy sprawca pojednał się z pokrzywdzonym i naprawił szkodę, to konsekwentnie powiedzieć trzeba, że nawet wtedy jest jakiś interes publiczny w wymierzeniu dolegliwości. Jednakże jego natężenie jest znacznie niższe, niż gdy sprawca uchyla się od poniesienia jakiejkolwiek odpowiedzialności za swój czyn. Potrzeba karania wydaje się na tyle niska, że dążenie do jej zaspokojenia poprzez negowanie fundamentalnej w państwie prawa zasady *nemo tenetur* jawi się jako ewidentnie nieproporcjonalne.

## 5. Poglądy doktryny

Mimo wielości publikacji związanych z problematyką ucieczki z miejsca wypadku, nie doszukałem się w dotychczasowej doktrynie korespondujących z prezentowanym tu stanowiskiem postulatów co do wykładni art. 178 k.k. Problem odpowiedzialności na gruncie tego przepisu (czy też jego odpowiednika – art. 145 § 3 i 4 Kodeksu karnego z 1969 r.) w przypadku braku zagrożenia dla zdrowia oraz cywilnoprawnych interesów pokrzywdzonego niemal nie był komentowany (trochę obszerniej może w kontekście walki z nietrzeźwością kierowców). Zwracano uwagę na wyłom w zasadzie *nemo se ipsum accusare tenetur*, lecz jego zasadność łatwo uzasadniano poprzez odwołanie do praw pokrzywdzonego (jak cytowany wyżej Z. Sobolewski) lub „wyjątkowo aspołecznego charakteru czynu”<sup>38</sup> (co oczywiście jest prawdą jeśli zostawia się ранnego uczestnika bez pomocy). Wszystkie te linie argumentacyjne tracą jednak siłę perswazji, gdy jedynym zagrożonym dobrem jest interes wymiaru sprawiedliwości. M. Klejnowska próbowała natomiast dowodzić, że „Wskazane wyżej obowiązki [z art. 44 p.r.d. – T.K.] zwiększają istotnie prawdopodobieństwo pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, ale jej nie przesądzają”<sup>39</sup>, a powiadomienie o wypadku nie jest przyznaniem się do winy. Rozumowanie takie należy odrzucić. Podążanie za nim pozwoliłoby wszak uzasadnić opatrzenie sankcją nieprzyznania się do winy, gdyż nigdy nie jest ono dla sądu bezwzględnie wiążące i tym samym nie przesądza o skazaniu. Ponadto zasada *nemo tenetur* obejmuje dowody, które nawet w niewielkim stopniu pogarszają sytuację procesową oskarżonego.

Osamotniony w swoich wypowiedziach pozostał K. Buchała, który w trakcie dyskusji nad kryminalizacją ucieczki zwracał uwagę na ogromne trudności jej racjonalizacji w niektórych sytuacjach<sup>40</sup>. Jego głos, pozbawiony jednak w tym zakresie szerszego uzasadnienia, przeszedł bez należnego echa.

<sup>38</sup> T. Cyprian, *Wypadki drogowe w świetle prawa karnego*, Warszawa 1963, s. 118.

<sup>39</sup> M. Klejnowska, *op.cit.*

<sup>40</sup> K. Buchała, *Problemy kryminalizacji ucieczki uczestnika karalnego zdarzenia w ruchu drogowym*, Prok. i Pr. 2/1995, s. 12–25.

## 6. Podsumowanie

Konsekwencją braku namysłu nad prezentowanym w artykule szczególnym układem sytuacyjnym są formułowane twierdzenia, że „zbiegnięciem jest też oddalenie się po udzieleniu pomocy ofierze wypadku, gdyż spełnienie tego obowiązku pozostaje bez wpływu na istnienie pozostałych, a zwłaszcza pozostania na miejscu wypadku”<sup>41</sup>. Jak starałem się wykazać, sam fakt, że art. 44 p.r.d. statuuje niezależne od siebie obowiązki w żadnym wypadku nie przesądza, że niewykonanie dowolnego z nich jest chronione przez art. 178 k.k. O zakresie penalizowanych zaniechań decydować będzie wykładnia „zbiegnięcia z miejsca zdarzenia”. Zadaniem artykułu było wykazać, że nie może ona doprowadzić do sytuacji, w której dozwolone byłoby stosowanie art. 178 k.k. do sprawcy, który wykonał określone w p.r.d. obowiązki chroniące zdrowie i cywilnoprawne interesy pokrzywdzonego, lecz z obawy przed odpowiedzialnością nie powiadomił o zajściu policji lub nie czekał na jej przyjazd. Interpretacja taka byłaby bowiem niekonstytucyjna na dwóch polach. Po pierwsze, jako niespełniająca warunków z art. 31 ust. 3 Konstytucji (przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*). Po drugie, jako naruszająca zasadę równości. Jak dowodziłem, nie ma żadnych przekonujących racji, by sprawców przestępstw drogowych (z art. 173, art. 174 oraz art. 177) traktować znacząco surowiej od wszystkich pozostałych (którzy nie tylko nie muszą o własnym przestępstwie zawiadamiać, ale nawet mogą w pewnym zakresie zacierać jego ślady). Brak prawnie relewantnej cechy uzasadniającej różnicowanie implikuje nieposzanowanie art. 32 ust. 1 Konstytucji. Mając to na uwadze, należy uznać za niedopuszczalną interpretację zacytowaną powyżej (R.A. Stefańskiego). Jako że nie widać obecnie w literaturze i orzecznictwie sądowym podejścia konkurencyjnego, zdecydowanie należy zabiegać o odejście od niej.

Zmierzając już ku końcowi wspomnę tylko o jednym jeszcze następstwie proponowanej wykładni art. 178 k.k. Konsekwencją jej przyjęcia musi być przeformułowanie poglądów na temat chronionych przez przepis dóbr. Interes wymiaru sprawiedliwości może być nadal uznawany za przedmiot ochrony na gruncie przepisu. Będzie on jednak chroniony tylko ubocznie, w tym znaczeniu, że norma sankcjonująca zaktualizuje się wyłącznie, gdy zagrożone będzie jeszcze inne zabezpieczone przez nią dobro. Prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości będzie w takim ujęciu chronione tylko niejako przy okazji.

Na marginesie warto dodać, że wiele z poczynionych w artykule uwag odnosić się będzie również do art. 97 k.w. Krytycznie spojrzeć należy na poglądy<sup>42</sup> przyjmujące, że przepis ten zastosowanie znajdzie w sytuacji analogicznej do będącej podstawą dotychczasowych rozważań, zmodyfikowanej jedynie o tyle, że obrażenia pokrzywdzonego nie będą pozwalały na kwalifikowanie czynu z art. 177 k.k. Ustanawianie typów wykroczeń również przejść musi test proporcjonalności, a obowiązywanie zasady *nemo tenetur* w postępowaniu wykroczeniowym potwierdzone zostało w odesłaniu z art. 20 § 3 k.p.w.o.w.

<sup>41</sup> R.A. Stefański, *Prawo...*, art. 44, teza 16.

<sup>42</sup> *Ibidem*, teza 18.

\* \* \*

### **Constitutional Limits of Interpretation of „Fleeing from the Scene of an Incident”. Comments on the Ground of Article 178 of Criminal Code**

Shape of legal regulation concerning penalization of escape from the scene of an accident has always caused controversies in the criminal law literature. It was so, both under current and earlier Criminal Code. Not surprisingly, since escapes of perpetrators were and still remain a big problem. To answer the question of what is a desired (and acceptable) form of the regulation it must be discovered what goods are to be protected by perpetrator remaining at the scene of crime. At the same time, perspective should be changed and consequences of certain obligations imposed on perpetrator examined. In way it is possible to get to a conclusion, what should be demanded and what to punish the perpetrator for. The article doesn't aim to comprehensively answer the above question but concentrates on a single, specific issue – collision between obligations constituted by Article 44 of Road Traffic Act and *nemo se ipsum accusare tenetur* rule. It is dubious, whether if the only good threatened by perpetrator's escape is the justice system interest, it is permissible from constitutional (but also teleological) perspective, to punish for leaving the scene without notifying the Police about the incident. Answering the question should allow to assess whether currently commonly approved interpretation of „escape from the scene of an incident” is in compliance with the Constitution.

**Key words:** Criminal Code, fleeing from the scene of an incident, traffic incident

**Maciej Kujawa<sup>1</sup>**

## **Całkowity zakaz reklamy usług leczniczych i punktów farmaceutycznych w świetle prawa Unii Europejskiej. Perspektywa polska**

### **Streszczenie:**

Tematem artykułu jest analiza krajowej regulacji wprowadzającej całkowity zakaz reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych w świetle prawa Unii Europejskiej, uwzględniając najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie. Artykuł poddaje analizie przedmiotową regulację pod kątem zgodności z przepisami pierwotnego, jak i wtórnego prawa UE, w szczególności z dyrektywą o nieuczciwych praktykach handlowych oraz dyrektywą o handlu elektronicznym. Omówione zostają również sposoby ograniczeń traktatowych swobód z uwagi na wprowadzony przez państwo członkowskie zakaz. Celem artykułu jest również przedstawienie polskiego aspektu istnienia takich regulacji oraz ich sposobów uzasadniania, z odwołaniem do kontekstu polskiej Konstytucji oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

**Słowa kluczowe:** zakaz reklamy, usługi lecznicze, prawo Unii Europejskiej, swoboda świadczenia usług

### **1. Wstęp**

W społeczeństwie obrazkowym reklama odgrywa coraz większą rolę. W przypadku gdy dotyczy ona zdrowia publicznego, budzi spory i kontrowersje oraz staje się przedmiotem debaty publicznej. Dlatego współcześnie prowadzi się szereg badań nad istotą i funkcją reklamy, ale również nad uregulowaniami prawnymi, które jej dotyczą. Tym bardziej, gdy normy prawne wprowadzają całkowity zakaz takiej reklamy określonego

---

<sup>1</sup> Autor jest studentem II roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.



typu usług lub produktów względem pewnego kręgu osób<sup>2</sup>. Kwestia zgodności krajowej regulacji zakazu reklamy usług leczniczych z unijnym prawem poruszona została w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>3</sup>. Choć ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego stanowi kompetencję koordynacyjną zgodnie z art. 6 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: TFUE), to przyjęte przez Trybunał rozwiązanie stanowi istotny punkt odniesienia dla państw, w których krajowe regulacje zakazujące reklamy usług leczniczych nadal obowiązują. Ustalenie, czy przywołana regulacja nie sprzeciwia się przepisom unijnym prawa pierwotnego jak i wtórnego, musi odbyć się w oparciu o traktatową swobodę świadczenia usług i przedsiębiorczości oraz dwóch dyrektyw – dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych oraz dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 roku o handlu elektronicznym. Jak się może wydawać, przedmiotowe ograniczenie występuje wyłącznie na szczeblu krajowym, to nie można wykluczyć, że reklama objęta zakazem będzie zawierała element transgraniczny, przesądzający o zakwalifikowaniu jej do swobody świadczenia usług czy przedsiębiorczości. Na gruncie polskiej praktyki zakaz reklamy został sformułowany w stosunku do lekarzy, weterynarzy i farmaceutów.

## 2. Zakaz reklamy a swoboda świadczenia usług i swoboda przedsiębiorczości

Celem Unii Europejskiej jest zapewnienie rynku wewnętrznego jako obszaru bez granic, umożliwiającego np. swobodny przepływ towarów czy usług<sup>4</sup>. Choć kompetencja w zakresie rynku wewnętrznego stanowi kompetencję dzieloną UE, należy wskazać, że dążeniem jest znoszenie barier w przywołanych przykładowych swobodach. Rozpatrywanie całkowitego zakazu reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych można bowiem dokonać przez pryzmat sytuacji wewnętrznej, która nie będzie objęta kognicją traktatu czy zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nie można jednak wykluczyć, że omawiany zakaz będzie niósł ze sobą konsekwencje o charakterze transgranicznym, czyli będzie czynił mniej atrakcyjnym lub mało opłacalnym korzystanie ze swobody zagwarantowanej traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Może też całkowicie uniemożliwiać korzystanie z tej swobody. Omawianą regulację ustawodawstwa krajowego z pewnością można zaliczyć do sytuacji wewnętrznej (co może być złudne np. w przypadku swobody świadczenia usług), ale również określić jako środek ograniczający korzystanie ze swobody przedsiębiorczości.

Na wstępie należy zauważyć, że ocena dokonywana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie tego, z którą ze swobód krajowa regulacja będzie pozostawała w sprzeczności, zależy od sytuacji faktycznej i prawnej<sup>5</sup>. Wynika to bowiem

<sup>2</sup> D. Harasimiuk, *Zakaz reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011, s. 25.

<sup>3</sup> Por. wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r., C-339/15, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0339>, 26.01.2018.

<sup>4</sup> Por. art. 26 ust. 1 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

<sup>5</sup> Ocena taka dokonywana jest przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w oparciu o stan faktyczny. W przypadku sądu pytającego (występującego z pytaniem prejudycjalnym), TSUE dokona

z reżimu prawnego, tj. poddania konkretnej sytuacji faktycznej tylko jednej swobodzie rynku wewnętrznego<sup>6</sup>. Z uwagi na charakter artykułu, podjęcie problemu dotyczy aspektu wyłącznie prawnego, nieuwzględniającego sytuacji faktycznej. Swoboda przedsiębiorczości charakteryzuje się, zgodnie z art. 49 akapit 2 TFUE, podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej na własny rachunek. Charakter bezwzględnego zakazu reklamy pozwala nam zakwalifikować to ograniczenie do zakresu przedmiotowego swobody wyznaczonej przez przytoczony przepis. Istotnie bowiem należy zauważyć, że wykonywanie działalności gospodarczej w piśmiennictwie rozumie się jako wykonywanie wszelkich czynności przez przedsiębiorcę w związku z prowadzoną działalnością<sup>7</sup>. Na poziomie wykonywania działalności gospodarczej można zaliczyć takie czynności, które związane będą z promocją lub reklamą działalności i działaniami marketingowymi prowadzonymi przez przedsiębiorcę.

A zatem w sytuacji, w której przedsiębiorca pochodzący z innego państwa członkowskiego chce rozpocząć wykonywanie działalności gospodarczej jako lekarz czy prowadzić aptekę, może napotykać na trudności związane z pełnym wykorzystaniem swobody przedsiębiorczości. Podobnie też będzie w przypadku swobody świadczenia usług. Element transgraniczny swobody świadczenia usług – ze względu na charakter reklamy, która umieszczona jest na stronach internetowych lub portalach społecznościowych powodując, że dociera ona do niezidentyfikowanego geograficznie obszaru osób – będzie polegał na biernej swobodzie świadczenia usług, tj. sytuacji, w której usługobiorca będzie przemieszczał się do państwa usługodawcy w celu skorzystania z usługi<sup>8</sup>. Nie należy jednak wykluczać, że wprowadzone ograniczenie nie będzie uzasadnione przez państwo członkowskie. W przypadku swobody przedsiębiorczości jak i usług ograniczenia dopuszczalne są ze względu na ochronę bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego lub porządku publicznego<sup>9</sup>.

Wprowadzenie takiego ograniczenia, podyktowane wymienionymi przesłankami zarówno w przypadku swobody przedsiębiorczości, jak i swobody świadczenia usług, może nastąpić o ile zastosowany środek jest proporcjonalny (tj. spełniający kryteria konieczności, adekwatności i proporcjonalności *sensu stricto*), wprowadzenie go jest konieczne w celu ochrony interesu społecznego (publicznego) oraz o ile zagrożenie jest rzeczywiste, bezpośrednie i wystarczająco poważne<sup>10</sup>. Nieuprawnione będzie więc

---

wykładni przepisów traktatowych w oparciu o stan faktyczny, jaki jest przedstawiony w postępowaniu głównym toczącym się przed sądem pytającym. Tak np. w sprawie C-339/15 środek ciężkości belgijskiej regulacji wprowadzającej absolutny zakaz reklamy usług dentystycznych skierowany był na swobodę świadczenia usług. Reklama opublikowana przez lekarza trafiła do nieokreślonej grupy osób (o wymiarze światowym), wobec czego ograniczenie zakwalifikowano jako naruszenie tej swobody.

<sup>6</sup> M. Szwarc-Kuczer, *Komentarz do art. 49 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. A. Wróbel, Wolters Kluwer 2012/el.

<sup>7</sup> M. Sieradzka, *Komentarz do art. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX 2013/el.

<sup>8</sup> J. Barcz, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. IV-34.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. IV-73, III-35.

<sup>10</sup> Por. *ibidem*, s. III-38; również art. 27 i 29 dyrektywy 2004/38/WE.

ograniczenie podyktowane wyłącznie względami prewencji ogólnej<sup>11</sup>. W orzecznictwie TSUE wypracowano również inny sposób uzasadniania wprowadzanych ograniczeń, tj. wymogami imperatywnego dobra publicznego. W tym zakresie niezbędne jest, aby ograniczenie miało charakter niedyskryminujący (rozpatrywane *ad casum*<sup>12</sup>), aby było uzasadnione bezwzględными wymogami dobra ogólnego, zdolne do osiągnięcia zamierzonego celu oraz nie wykraczało poza to, co jest niezbędne dla jego realizacji. Katalog dóbr publicznych pozostaje otwarty, a TSUE nie sformułował dotąd wyczerpującego wyliczenia<sup>13</sup>. W przypadku jednak zakresu przedmiotowego takiego ograniczenia przykładem uzasadnienia mogłaby być ochrona konsumenta przed nadużyciami<sup>14</sup>. Uzasadnienie absolutnego zakazu reklamy wydaje się w świetle wyłącznie ochrony zdrowia publicznego zbyt rygorystyczne. Oczywiście argumentem w procesie negocjowania zasadności takiego ograniczenia nie może być wyłącznie sam fakt, że w innym państwie ograniczenie takie nie zostało wprowadzone lub też jego rozmiar dotkliwości jest mniejszy<sup>15</sup>, to z całą stanowczością podkreślenia wymaga fakt, że krajowa regulacja wprowadzająca całkowity zakaz reklamy jest nieadekwatna do osiągnięcia zamierzonego celu, choć może wydawać się konieczna w związku z odnotowywanymi w praktyce problemami związanymi np. z manipulacją treścią reklamy, zbyt zintensyfikowaną reklamą, narażaniem zawodów lekarza, weterynarza czy farmaceuty na utratę zaufania publicznego lub umniejszaniem ich godności czy wprowadzaniem konsumenta w błąd.

Ustawodawca krajowy jednakże znając specyfikę swojego rynku oraz praktyczne problemy może zastosować szereg ram prawnych czy klauzul (np. wyliczeń enumeratywnych), które mogą przeciwdziałać nadużyciom. Nie można bowiem *a priori* uznać reklamy usług leczniczych czy punktów aptecznych za poważne, bezpośrednie i rzeczywiste zagrożenie uzasadnione koniecznością ochrony interesu publicznego. Powołując się również na wymogi imperatywne interesu publicznego, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tak restrykcyjnego ograniczenia. W świetle przywołanej przeze mnie argumentacji, biorąc pod uwagę ochronę konsumenta przed nadużyciami, krajowy ustawodawca jest w stanie wypracować szereg mechanizmów chroniących konsumenta przez takimi nadużyciami, o których wspomniałem w poprzednim akapicie.

Trudno się nie zgodzić, że reklama wywiera również pozytywny aspekt w zakresie zarówno swobody przedsiębiorczości, tj. wzrost konkurencyjności, jak i swobody świadczenia usług – wyższy standard usług, szersza oferta, większa świadomość konsumenta na temat wykonywanych przez lekarza czy farmaceutę usług (np. zabiegów, leków recepturowych) oraz czasu i sposobu ich wykonywania (np. posiadanego

<sup>11</sup> T. Gadowski, *Ograniczenie swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, *Studia Oeconomica Posnaniensia* 2015, vol. 3, nr 3, s. 88.

<sup>12</sup> W rozważaniach teoretycznych nie jest możliwe wykazanie wszelkich przypadków wyczerpujących dyspozycję normy prawnej, która wprowadza taki zakaz. Istotnie nie można wykluczyć sytuacji, w której ustawodawca krajowy postanowi, że zakaz reklamy ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do np. oddziałów punktów aptecznych przedsiębiorcy zagranicznego czy lekarza, który pochodzi z innego państwa członkowskiego, a reklamuje swoje usługi na terytorium tego państwa.

<sup>13</sup> J. Barcz, *op.cit.*, s. III-39.

<sup>14</sup> Por. opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Botta w sprawie C-339/15, pkt 98.

<sup>15</sup> Por. wyrok ETS w sprawie C-36/02, *Zbiór Orzeczeń* 2010 I-09609, pkt 36.

zaplecza technicznego czy lekarzy, z którymi podczas wykonywania zabiegu dany lekarz współpracuje). Z reklamą usług leczniczych i punktów aptecznych związana jest „asymetria informacji”. Specyfika rynku usług zdrowotnych charakteryzuje się tym, że świadczeniodawca (podmiot leczniczy, punkt apteczny) dysponuje wiedzą obszerniejszą i bardziej wyspecjalizowaną niż w przypadku pacjenta (świadczeniobiorcy)<sup>16</sup>. Taka sytuacja może prowadzić do nieprawidłowej alokacji zasobów, niemniej jednak reklama w pewnym stopniu może wypełniać tę „lukę”, dostarczając zróżnicowaną, zgodną z aktualną wiedzą medyczną, informację lub też prowadzić do negatywnej selekcji związanej ze zjawiskiem popytu indukowanego przez podaż, czyli sytuacji, w której świadczeniodawca kierowałby w pewien sposób decyzjami pacjentów w zakresie usług z których korzysta, niekoniecznie w sposób dla niego korzystny<sup>17</sup>. Nadmierna komercjalizacja wynikająca z reklamy, związana z asymetrią informacji i negatywną selekcją, może być jednak w sposób skuteczny hamowana. Warto zauważyć, że w przypadku podmiotów leczniczych czy też punktów aptecznych, w których wykonywanie działalności ma charakter osobisty (tj. wymóg legitymowania się odpowiednimi uprawnieniami), chęć maksymalizacji zysków będzie miarkowana odpowiedzialnością zawodową wynikającą z zasad etyki zawodowej, której naruszenie może prowadzić do utraty uprawnień do wykonywania zawodu. W kontekście swobody świadczenia usług, w jakim dotyczy ona zawodów regulowanych, znaczenie ma również unijna dyrektywa usługowa<sup>18</sup>. Na kanwie tego aktu prawa wtórnego prawodawca unijny nakłada na państwa członkowskie obowiązek znoszenia wszelkich całkowitych zakazów dotyczących informacji handlowych<sup>19</sup> (art. 24 ust. 1 dyrektywy). Przepis ten doznaje jednak wyjątku polegającego na tym, że punkt ciężkości zapewnienia realizacji tego obowiązku, aby informacje handlowe były zgodne z zasadami niezależności, godności i uczciwości zawodowej, przeniesiono na państwo członkowskie. Jednocześnie w zdaniu drugim podkreśla, że zasady wykonywania zawodu odnoszące się do wykorzystywania informacji handlowych muszą być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym i proporcjonalne. Unijny prawodawca egzemplifikuje na kanwie tych przepisów, aby wprowadzane w tym zakresie ograniczenia były należycie uzasadnione, tym samym dążąc do wykluczenia sytuacji, w których na poziomie krajowym stanowi się prawo, które wprowadzałoby zakazy całkowite.

Zauważalna jest zatem dążność do wprowadzenia nowej jakości usług, unifikacji, a jednocześnie znoszenia ograniczeń o charakterze całkowitym. W przypadku zawodów regulowanych akcentuje się to poprzez zobowiązanie państw do zapewnienia,

<sup>16</sup> J. Suchecka, *Ekonomia zdrowia i opieki zdrowotnej*, Warszawa 2010, s. 79–83. Zob. szerzej A. Wiercińska, *Specyfika rynku usług zdrowotnych*, Zarządzanie i Finanse 2012, nr 2, s. 3.

<sup>17</sup> Por. A. Łoś, D. Puciato, *Niedoskonały rynek świadczeń zdrowotnych*, Handel Wewnętrzny 2011, nr 1, s. 21.

<sup>18</sup> Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 2006 L 376/36).

<sup>19</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 12 dyrektywy 2006/123/WE informacją handlową jest każda forma informacji mająca na celu promowanie, bezpośrednio lub pośrednio, towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby prowadzącej działalność handlową, rzemieślniczą albo osoby wykonującej zawód regulowany.

aby informacja handlowa (w analizowanym przypadku reklama) była jak najbardziej zgodna z etosem zawodowym i nie naruszała zaufania publicznego do zawodu. Implikuje to, by krajowe regulacje wypracowały pewien schemat lub mechanizm ochronny tych wartości, przy jednoczesnym zapewnieniu zawodom regulowanym możliwości promowania swoich usług.

### 3. Zakaz reklamy a dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiej i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. o handlu elektronicznym

Dyrektywa o handlu elektronicznym dokonała daleko idącej harmonizacji prawa krajowego państw członkowskich w zakresie handlu elektronicznego<sup>20</sup>. Istotnie, prawodawca unijny na kanwie dyrektywy rzadko posługuje się terminem handlu elektronicznego, zastępując go pojęciem usług społeczeństwa informacyjnego. W kontekście omawianego ograniczenia dyrektywa stanowi zasadniczy punkt rozważań. Unijny prawodawca w definicji usług społeczeństwa informacyjnego czyni odesłanie do dyrektywy transparentności, która została ujednolicona dyrektywą UE 2005/1535<sup>21</sup>. Zgodnie z nią, usługą społeczeństwa informacyjnego jest usługa świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na żądanie odbiorcy usługi. W zakresie usług społeczeństwa informacyjnego mieści się również informacja handlowa, którą można utożsamiać z reklamą, co wynika z wyznaczonego przez prawodawcę zakresu przedmiotowego informacji handlowej. W tym względzie czyniona jest wyraźna regulacja odnosząca się do zawodów regulowanych, której celem jest zharmonizowanie prowadzonego przez te zawody marketingu. W dyrektywie zawarto generalne wytyczne odnoszące się do informacji handlowej, wyrażając tym samym prymat jej transparentności.

Informacja musi być przede wszystkim łatwo rozpoznawalna zarówno na płaszczyźnie podmiotowej, jak i przedmiotowej, tj. poprzez wyraźne wskazanie osoby prawnej lub fizycznej w imieniu której udziela się informacji handlowej. Przepisy dyrektywy odnoszące się do zawodów regulowanych liberalizują możliwość reklamowania się drogą elektroniczną, jednocześnie czyniąc pewne zastrzeżenia ochronne na rzecz państwa, ale również uprzywilejowując stowarzyszenia i organizacje związkowe. Celem dyrektywy umożliwiającej marketing zawodów regulowanych *online* jest również ochrona istotnych dla tych zawodów wartości, tym samym nakładając na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby informacje handlowe świadczone przez przedstawicieli zawodów regulowanych były zgodne z ich etosem zawodowym, prestiżem czy godnością zawodu. Na poziomie krajowym odbywa się to poprzez opracowywanie szczegółowych kodeksów etycznych, które niejednokrotnie stają się podstawą odpowiedzialności zawodowej lub dyscyplinarnej, której emanacją jest ustawa. Wydaje się na tej podstawie,

<sup>20</sup> Por. J. Gołaczyński, J. Górecki, P. Polański, D. Szostek, M.A. Zacharasiewicz, *Europejskie prawo handlu elektronicznego* [w:] *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego. Tom 9*, red. W. Popiołek, Legalis/el.

<sup>21</sup> Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz.UE L 241/1).



że całkowity zakaz reklamy takich usług nie ma uzasadnienia. Wymienione przez prawodawcę unijnego wartości nieodłącznie związane są z wykonywanym zawodem, a w związku z tym państwo na poziomie krajowym jest w stanie ferować prawo, które będzie przeciwdziało szeroko pojętej asymetrii informacji, wprowadzając przytoczone przeze mnie w poprzednich rozważaniach regulacje prawne oparte na klauzulach generalnych lub wyliczeniach enumeratywnych, ograniczających pewne formy marketingu lub wprowadzających wytyczne co do zakresu i sposobu reklamowania.

Warto zauważyć, że zniechęcająca dla nadużywania reklamy lub agresywnych metod promocji jest już sama odpowiedzialność zawodowa. Naruszenie zasad wykonywania zawodu, w szczególności zasad etyki zawodowej czy prestiżu, może wiązać się z sankcjami wymierzanymi przez sądy na poziomie samorządów zawodowych. Umocnieniu roli kodeksów etycznych (postępowania) daje wyraz sama dyrektywa, która zachęca samorządy zawodowe do opracowywania tych kodeksów na poziomie unijnym. Tak też uczyniła m.in. organizacja Medicines for Europe – zgodnie z ich kodeksem postępowania rozpowszechnianie materiałów promocyjnych oraz informacji jest dopuszczalne wyłącznie, jeżeli spełniają one kryteria ustanowione przez tę organizację, tj. jeżeli są one transparentne, zrównoważone, sprawiedliwe, dokładne, zgodne z aktualną wiedzą medyczną i na tyle precyzyjne, aby pacjent był w stanie na ich podstawie wyrazić swoją opinię<sup>22</sup>.

#### **4. Zakaz reklamy a dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych**

Celem dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych było dokonanie maksymalnej harmonizacji przepisów krajowych. Rozpatrywanie tej regulacji pod względem zakazu usług leczniczych i punktów aptecznych okazuje się być niezbędne ze względu na obszar przedmiotowy, który został przez unijnego prawodawcę wskazany. Motywem wydania dyrektywy 2005/29/WE było niwelowanie ujemnych skutków nieuczciwych praktyk handlowych, które stanowią przeszkodę dla funkcjonowania sprawnego rynku wewnętrznego i konkurencji, ale również „ustanowienie na poziomie Wspólnoty jednolitych zasad zapewniających wysoki poziom ochrony konsumentów”, który umożliwi wyeliminowanie przeszkód w transgranicznym swobodnym przepływie usług lub towarów. Unijny prawodawca definiuje praktykę handlową, włączając do jej strony przedmiotowej marketing i reklamę produktu, który zaś produkt rozumiany jest jako usługa lub towar. Praktykę handlową należy również rozumieć szerzej, wliczając w to działania o charakterze informacyjnym<sup>23</sup>. Mimo to dyrektywa przewiduje wyłączenia, które umożliwiają krajowemu ustawodawcy wprowadzenie regulacji, które będą miały charakter bardziej restrykcyjny niż te, które przewiduje dyrektywa. Tak też czyni w odniesieniu do zawodów regulowanych i produktów związanych z bezpieczeństwem i zdrowiem publicznym, w ten też sposób pozostawia szeroki zakres regulacji na poziomie krajowym co do produktów leczniczych i zawodów regulowanych. W przypadku zawodów regulowanych wyłączenie

<sup>22</sup> Code of conduct, Medicines for Europe, pkt 4.10, [http://www.medicinesforeurope.com/wp-content/uploads/2016/02/Medicines-for-Europe\\_Code-of-Conduct.pdf](http://www.medicinesforeurope.com/wp-content/uploads/2016/02/Medicines-for-Europe_Code-of-Conduct.pdf), 10.02.2018.

<sup>23</sup> D. Harasimiuk, *op.cit.*, s. 59 i nast.



to obejmuje nie tylko przepisy ustawowe, ale również zawodowe kodeksy etyczne, których celem jest zapewnienie wysokich standardów uczciwości osób wykonujących ten zawód. Można jednak wskazać, że literalna wykładnia tych uregulowań może prowadzić do utraty *ratio* wprowadzenia omawianej dyrektywy.

Biorąc pod uwagę przytoczony wcześniej cel, ale również wcześniejsze rozważania dokonane na podstawie innych dyrektyw, jak i kardynalne unormowania prawa pierwotnego, wskazać należy, że prawodawca unijny powinien dążyć do zapewnienia również i ochrony swobody przepływu usług w przypadku reklamy usług leczniczych czy punktów aptecznych. W zasadzie biorąc pod uwagę, że na poziomie innych dyrektyw stara się hamować zbyt restrykcyjne posunięcia krajowego prawodawcy, tak też w tym przypadku powinien wyznaczyć generalną regułę, która będzie zmuszała państwo członkowskie do wyznaczenia ram prawnych, w jakich dozwolona byłaby reklama tych usług, wprowadzając tym samym szczegółowy mechanizm ochronny przeciwdziałający zakłóceniom wynikającym z nieuczciwych praktyk handlowych. Literalne brzmienie uregulowań dyrektywy przyjął TSUE w sprawie C-339/15 w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez niderlandzki sąd pierwszej instancji. Wyłączenie zastosowania dyrektywy jest tym bardziej niezrozumiałe ze względu na zdefiniowanie przez unijnego prawodawcę przesłanek nieuczciwej praktyki handlowej. Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt a dyrektywy 2005/29/WE praktyka handlowa jest nieuczciwa jeżeli jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej oraz jeżeli wprowadza w błąd lub jest agresywna.

A zatem dążąc do zapewnienia jednolitych przepisów krajowych dyrektywa może zagwarantować, nie dokonując wyłączenia, że w sferze zdrowia publicznego ryzyko nadużyć będzie niewielkie, a zbyt restrykcyjne przepisy krajowe nie będą adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona konsumenta przed nieuczciwymi praktykami handlowymi. Wydaje się również, że na kanwie dyrektywy pojęcie „produktu” jest zbyt szerokie w stosunku do innych dyrektyw, które posługują się tym samym zwrotem w otoczeniu przymiotnika, np. produkt leczniczy, który jednocześnie zawęża definicję tego pojęcia. Tak też czyni prawodawca w dyrektywie 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi<sup>24</sup>, zgodnie z którą produktem jest „jakakolwiek substancja” przeznaczona do leczenia lub zapobiegania chorobom. *Definiendum* tego pojęcia skupia się zatem na obiekcie zmaterializowanym. *Ratio* przepisu wyłączającego zastosowanie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych ma sens w odniesieniu do leków gotowych czy recepturowych. W tym przypadku ochrona zdrowia publicznego jest niezbędna ze względu na różne uregulowania krajowe co do dostępności leków, niejednokrotnie reklama może przyczyniać się do zbytniego nadużywania przez konsumentów leków ogólnodostępnych, czyli takich, które są dostępne bez recepty. Trudno zaś poszukiwać racjonalnego uzasadnienia dla zaproponowanego całkowitego wyłączenia w stosunku do aspektów związanych z reklamą usług leczniczych czy aptek, biorąc pod uwagę fakt, że w tym przypadku zarówno

<sup>24</sup> Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. WE L 311).

na poziomie krajowych przepisów, jak i kodeksów samorządów zawodowych można przeciwdziałać przypadkom nadużyć i agresywnego marketingu.

## 5. Perspektywa Polska

W Polsce już na kanwie rozwiązań ustrojowych, zgodnie z art. 22 Konstytucji RP, daje się wyraz możliwości ograniczenia wolności działalności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny i tylko w drodze ustawy<sup>25</sup>. Stanowiąca podstawę społecznej gospodarki rynkowej wolność działalności gospodarczej zapewniona jest na poziomie jej podejmowania, wykonywania i zakończenia, przy czym w zakresie jej wykonywania mieszczą się wszelkie czynności przedsiębiorcy związane z wykonywaną działalnością<sup>26</sup>. Jak już wcześniej przytoczono, mieścić się w tym zakresie będą również działania reklamowe i marketingowe, których immanentną cechą jest promocja wykonywanej działalności. Na poziomie polskich krajowych rozwiązań całkowitemu zakazowi reklamy ustawodawca daje wyraz w przypadku zakładów leczniczych dla zwierząt w art. 29 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt<sup>27</sup>, w przypadku lekarzy i lekarzy dentyistów w art. 14 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej<sup>28</sup>, zaś w przypadku aptek i punktów aptecznych w art. 94a ust. 1 zd. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne<sup>29</sup>. Konstrukcja tych przepisów pozostawia szereg wątpliwości natury interpretacyjnej – stanowiąc, że dozwolone pozostają działania informacyjne nieprzybierające lub nienoszące cech reklamy. Można zatem stwierdzić, że punktem wyjścia dla stwierdzenia czy potencjalne działanie podmiotu leczniczego lub punktu aptecznego jest informacją, czy już reklamą, jest zdefiniowanie samej reklamy. W przywołanych ustawach brak jest definicji reklamy.

Definicję reklamy dopiero zawiera art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji<sup>30</sup>, zgodnie z którym reklamą jest: „przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja”, zaś w piśmiennictwie wyraża się, że reklama to działania informacyjne dające wiedzę o ofercie określonego podmiotu, mające na celu zachęcenie do skorzystania z oferty, ponadto kształtujące popyt na usługi, towary lub markę<sup>31</sup>. Widać zatem, że granica pomiędzy informacją a reklamą pozostaje nieostra. Działania podmiotów leczniczych czy aptek odbywają się zatem na granicy prawa i nie stają się w tym pomocne szczególne przepisy wydawane przez samorządy zawodowe. Również i one w swych zaleceniach ocierają się o granicę pomiędzy reklamą a informacją, ponieważ już samo zamieszczenie na stronie

<sup>25</sup> Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483.

<sup>26</sup> M. Sieradzka, *op.cit.*

<sup>27</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 188.

<sup>28</sup> T.j. Dz.U. z 2018, poz. 160.

<sup>29</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 2211.

<sup>30</sup> T.j. Dz.U. z 2018, poz. 650.

<sup>31</sup> Por. J. Nowak-Kubiak, *Komentarz do art. 14 ustawy o działalności leczniczej*, Legalis 2012.

internetowej podmiotu leczniczego informacji o sprzęcie medycznym za pomocą którego wykonywane są usługi lecznicze może być formą reklamy, ponieważ informacja ta niejednokrotnie zaważa o preferencjach konsumenta, podobnie jak pozycjonowanie w Internecie strony podmiotu leczniczego. W doktrynie przyjmuje się, że podmiot leczniczy powinien ograniczyć się do przekazywania informacji, które zawarte są w regulaminie organizacyjnym, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej<sup>32</sup>. Argumentacją dla takiego zakazu na kanwie polskich regulacji ustrojowych okazuje się być art. 20 Konstytucji RP, opierający ustrój gospodarczy kraju na zasadach społecznej gospodarki rynkowej, której składowymi są przytoczona wcześniej wolność gospodarcza, dialog i współpraca partnerów społecznych oraz własność prywatna.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego sformułowano pogląd, iż w ramach społecznej gospodarki rynkowej państwo może podejmować działania, które będą zmierzwały do neutralizacji, czyli łagodzenia mechanizmów rynkowych<sup>33</sup>. Państwo może zatem, w ocenie Trybunału, korygować prawa rynku w celu realizacji określonych potrzeb społecznych<sup>34</sup>. Należy jednak zauważyć, że wszelkie ograniczenia dokonywane w trybie ustawowym powinny być uzasadnione względami interesu publicznego, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jednak i z tej regulacji Trybunał Konstytucyjny wywodzi zasadę proporcjonalności, zbudowaną na przesłankach tożsamyh jak w przypadku europejskiej zasady, która ma zastosowanie w przypadku wolności gospodarczej<sup>35</sup>. Analizując takie ograniczenie, które rozmiarowo ma charakter absolutny, uznać należy, że w przypadku reklamy usług podmiotu leczniczego czy aptek ryzyko nadużyć nie jest tak wysokie jak w przypadku reklamy produktów leczniczych. Wydaje się zatem, że wprowadzone ograniczenie nie jest adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, szczególnie że polski ustawodawca zapewnia wysoką ochronę konsumenta na poziomie ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Obecnie kwestia zakazu reklamy aptek badana jest przez Trybunał Konstytucyjny na podstawie wniesionej skargi konstytucyjnej<sup>36</sup>.

## 6. Podsumowanie

Konkludując, problem całkowitego zakazu reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych czy aptek jest żywy. W sferze rozważań przedstawicieli zawodów medycznych i farmaceutycznych pozostaje nadal zasadność takich rozwiązań, a z powyższego wyводу wynika, że na poziomie Unii Europejskiej rozwiązanie takie nie znajduje uzasadnienia. Choć wyrok w sprawie C-339/15 ma charakter incydentalny, a zatem nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, stanowi on istotną wskazówkę interpretacyjną dla przepisów unijnych, pod kątem których państwa członkowskie stanowią swoje prawo. Problem ten nie tylko znajduje swoje uzasadnienie na kanwie regulacji ponadpaństwowych, ale również odnieść można go do regulacji konstytucyjnych

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Por. wyrok TK z dnia 31 lipca 2015 r., K 41/12, OTK ZU 7A//2015 poz. 102, pkt 2.11.

<sup>34</sup> Por. *ibidem*.

<sup>35</sup> Por. wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., SK 15/02, OTK ZU 9A/2003, poz. 103.

<sup>36</sup> Sprawa SK 11/16, <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/9061-zakaz-reklamy-apteki/>, 16.02.2018.

np. w Polsce. Wydaje się, że uzasadnienie takiego ograniczenia może mieć wymiar jedynie praktyczny, odnoszący się do argumentu, że prawo daje taką możliwość, wciąż jednak ustawodawca zapomina o zasadzie proporcjonalności ukutej w przepisach traktatowych, czy o uregulowaniach unijnych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej celnie wskazał, że co prawda ustawodawca może powoływać się na ograniczenia, jednak każdorazowo musi dowieść, że wprowadzona regulacja jest niezbędna i adekwatna do osiągnięcia zamierzonego celu. Nie wystarczy zatem już samo powołanie się przez państwo członkowskie na zdrowie publiczne jako przesłankę umożliwiającą wprowadzenie określonego ograniczenia. Celem państwa jest wykazanie, że istnieje wystarczająco poważne, bezpośrednie i rzeczywiste zagrożenie. Ukazawszy pozytywne i negatywne aspekty reklamy nie można z góry założyć, że będzie niosła ona wyłącznie negatywne konsekwencje, a co za tym idzie, że będzie przedmiotem nadużyć i manipulacji. Ustawodawca krajowy może konsekwentnie niwelować ujemne skutki gospodarki wolnorynkowej poprzez stanowienie takiego prawa, które zapewni ochronę interesu konsumenta, ale również poprzez zapewnienie istnienia takich instytucji, które będą go reprezentowały w przypadku nadużyć.

\* \* \*

### **Complete Ban on Advertising of Medical Services and Pharmacies in the European Union Law. Polish Perspective**

The subject of the article is to analyse of national legislation introducing total ban concerning care services and limited service pharmacies in the light of the European Union law taking, taking into account the latest case-law of the Court of Justice of the European Union in this respect. The article analyses the said legislation in terms of compliance with the provisions of EU primary and secondary law, particularly with unfair commercial practices directive and directive on electronic commerce. Additionally, the author discusses ways in which the Treaty freedoms are restricted in view of ban introduced by a member state. The aim of the article is also to present Polish aspect of existence of such legislation and ways in which it is legitimised referring to the context of Polish constitution and case-law of the Constitutional Tribunal.

**Key words:** ban on advertising, care services, European Union law, free movement of services

**mgr Paweł Kołek<sup>1</sup>**

## **Skutki podatkowe zawarcia umowy konsorcjum**

### **Streszczenie:**

Dynamika stosunków gospodarczo-prawnych pociąga za sobą budowanie przez przedsiębiorców porozumień by osiągnąć cel, jakim jest realizacja przedsięwzięcia o znacznej wartości. Umowa konsorcjum stanowi jedną z form prawnych dla takich porozumień. Wiąże się to z daleko posuniętą swobodą i elastycznością w zakresie ukształtowania tej umowy, stanowiąc alternatywę dla innej formy konsolidacji, jaką jest spółka. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problemu wpływu postanowień umowy konsorcjum na skutki podatkowe zarówno na gruncie podatku od towarów i usług, jak i podatku od osób prawnych. Rozważania dotyczą zatem ustalenia podmiotu, na którym spoczywa obowiązek podatkowy, jak również określenia pozycji lidera konsorcjum, wskazując na jego prawa i obowiązki. Głównym problemem jest analiza alokacji kosztów i przychodów oraz wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami konsorcjum. Artykuł stanowi również ostrożną próbę wskazania rozwiązań gospodarczo korzystniejszych w określonych kontekstach sytuacyjnych.

**Słowa kluczowe:** konsorcjum, alokacja kosztów i przychodów, podatki

### **1. Uwagi wstępne**

Umowa konsorcjum (z łacińskiego *consortium*) oznacza wspólnotę będącą porozumieniem, w ramach którego przedsiębiorcy zobowiązują się wobec kontrahenta wykonać wspólnie przedsięwzięcie o znacznej wartości<sup>2</sup>. Najczęściej dotyczy to inwestycji związanych

<sup>1</sup> Paweł Kołek jest studentem V prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

<sup>2</sup> Podobnie również: A. Herbert, *Rozdział IX. Spółka cywilna* [w:] *Prawo spółek osobowych. System Prawa Prywatnego. Tom 16*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016, Legalis, nb. 147; M. Spyra, S. Włodyka, *Rozdział 10. Umowy i porozumienia o współpracę przedsiębiorców (umowy kooperacyjne)* [w:] *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego. Tom 5*, red. M. Stec, Warszawa 2017, Legalis, nb. 63.

z infrastrukturą budowlaną czy też energetyczną. Przyczyny zawiązania konsorcjum związane są ze skalą projektu, wysokimi kosztami, a także wymogami formalnymi przedsięwzięcia gospodarczego. Niesłusznie przyjmuje się w literaturze<sup>3</sup>, iż utworzenie konsorcjum zawsze jest związane z niemożliwością wykonania przez jedną ze stron samodzielnie całej inwestycji. Często jedynym powodem zawarcia umowy konsorcjum jest ograniczenie ryzyka gospodarczego związanego z przedsięwzięciem. Jednocześnie możliwość współpracy w ramach konsorcjum oznacza, iż przedsiębiorcy dla jednostkowego przedsięwzięcia gospodarczego nie są zobowiązani tworzyć odrębnego bytu prawnego, jakim jest spółka.

Konsorcjum jako forma organizacyjno-prawna nie podlega przepisom oraz wynikającym z nich ograniczeniom zawartym w Kodeksie spółek handlowych<sup>4</sup>. Zapewnia ona zatem stronom umowy dużą swobodę w zakresie jej ukształtowania, opartą na cywilnoprawnej zasadzie swobody umów. Strony, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego<sup>5</sup>, zawierając umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zawarcie umowy konsorcjum wiąże się nie tylko ze swobodą w zakresie jej ukształtowania, ale także brakiem sztywnych regulacji wprowadzających ograniczenia. Może to implikować wątpliwości i problemy co do oceny charakteru prawnego utworzonego konsorcjum. Doniosłość tych wątpliwości będzie miała znaczenie dla opodatkowania umowy konsorcjum, zwłaszcza na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług<sup>6</sup>.

Niniejsze opracowanie nie ma w założeniu uzupełnienia bogatego dorobku literatury i orzecznictwa w zakresie badania – w sensie cywilnoprawnym – czym jest umowa konsorcjum. Ważniejszym problemem i niewątpliwie luką w literaturze jest analiza skutków podatkowych umowy konsorcjum, co będzie wymagało jednak uprzedniego określenia statusu konsorcjum na gruncie prawa cywilnego, a następnie dokonania pogłębionej analizy podatkowej. Analiza ta będzie skupiała się na ustaleniu, czy status podatnika w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych oraz podatku od towarów i usług posiada konsorcjum, czy też każdy z konsorcjantów indywidualnie. Implikowało to będzie kolejne problemy, a mianowicie kwestię alokacji kosztów i przychodów, wzajemne rozliczenia pomiędzy stronami konsorcjum, jak również pomiędzy stronami a liderem konsorcjum. Zasadnicze znaczenie dla ich rozwiązania będzie miało badanie odpowiednich postanowień, które strony mogą zawrzeć w umowie konsorcjum.

## 2. Charakter prawny konsorcjum na gruncie prawa cywilnego

Konsorcjum jest stosunkiem cywilnoprawnym, którego definicja legalna nie została *expressis verbis* wyrażona ani w prawie cywilnym, ani w prawie podatkowym.

<sup>3</sup> J. Jędrszczyk, W. Serda, A. Szumański, *Wzory pism z zakresu prawa spółek wraz z komentarzem, orzecznictwem, literaturą*, Kraków 1997, s. 34.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1577 ze zm.); dalej jako: k.s.h.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 1025 ze zm.); dalej jako: k.c.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1221 ze zm.); dalej jako: u.p.t.u.



Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, iż umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, którą strony kształtują, jak zostało to wcześniej wyrażone, w myśl zasady swobody umów. Ponadto przepisy obowiązującego prawa nie przyznają konsorcjum ani osobowości prawnej, ani zdolności prawnej.

Ustawodawca, pomimo że nie dokonał całościowej regulacji instytucji prawnej, jaką jest konsorcjum, używa tego pojęcia w szeregu aktów normatywnych, wskazując jego znaczenie na potrzeby regulowanej materii. Przykładem jest tutaj ustawa o zasadach finansowania nauki<sup>7</sup>, gdzie ustawodawca posługuje się tym terminem i wyjaśnia, czym jest „konsorcjum naukowe”<sup>8</sup>. Z kolei ustawa Prawo zamówień publicznych<sup>9</sup>, która w obrocie gospodarczym ma najistotniejsze znaczenie, w ogóle nie używa pojęcia konsorcjum. Natomiast w orzecznictwie sądowym oraz piśmiennictwie posługuje się tym terminem w odniesieniu do wspomnianej ustawy. W związku z tym, aby wyznaczyć ramy dla analizy podatkowej, niezbędne jest określenie przedmiotu badania w sensie cywilnoprawnym, wskazując które obszary są problemem w odniesieniu do opodatkowania umowy konsorcjum.

W literaturze przedmiotu<sup>10</sup> dokonuje się klasyfikacji konsorcjów według różnych kryteriów. Podstawowym podziałem, który jednocześnie ma najistotniejsze znaczenie, jest wyróżnienie ze względu na rodzaj wspólnego przedsięwzięcia, z powodu którego konsorcjum zostało utworzone, na konsorcja przedsiębiorców i konsorcja finansowe. Konsorcja finansowe „służą udostępnieniu szeroko pojętego kapitału inwestycyjnego bądź zabezpieczeniu transakcji handlowych w stosunkach krajowych i międzynarodowych”<sup>11</sup>. Można je podzielić na konsorcja kredytowe (utworzone przez banki do udzielenia wspólnego kredytu), konsorcja ubezpieczeniowe, czy też konsorcja faktoringowe. Zasadnicze znacznie gospodarcze mają jednak konsorcja przedsiębiorców, które mogą przybrać formę konsorcjów handlowych, usługowych, przemysłowych, inwestycyjnych. Są one zawiązywane dla realizacji określonych zadań, „z reguły przekraczających możliwości pojedynczego przedsiębiorcy lub wymagających współdziałania wielu przedsiębiorców o różnym zakresie działania”<sup>12</sup>.

Jak wcześniej wskazano, umowa konsorcjum jest umową nienazwaną. Należy jednak zauważyć, że treść ukształtowanej umowy może zawierać elementy umów regulowanych w Kodeksie cywilnym (np. spółka cywilna), jak również innych umów nienazwanych (np. umowa o współpracę). Właściwe dla umowy konsorcjum jest zawarcie w niej postanowień dotyczących wspólnego przedsięwzięcia. Przedsięwzięcie to powinno być w miarę możliwości szczegółowo określone co do czasu jego trwania i sposobu

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 87 ze zm.).

<sup>8</sup> Konsorcjum naukowe to grupa jednostek organizacyjnych, w której skład wchodzi co najmniej jedna jednostka naukowa oraz co najmniej jeden przedsiębiorca, albo co najmniej dwie jednostki naukowe, podejmująca na podstawie umowy wspólne przedsięwzięcie obejmujące badania naukowe, prace rozwojowe lub inwestycje służące potrzebom badań naukowych lub prac rozwojowych.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1579 ze zm.).

<sup>10</sup> Por. A. Herbert, *op.cit.*, nb. 147; T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska, *Rozdział X. Umowy strukturalne i organizacyjne w gospodarce* [w:] *Prawo spółek osobowych. System Prawa Prywatnego. Tom 9*, red. W.J. Kanter, Warszawa 2015, Legalis; M. Spyra, S. Włodyka *op.cit.*, nb. 63.

<sup>11</sup> T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska, *op.cit.*, nb. 65.

<sup>12</sup> M. Spyra, S. Włodyka, *op.cit.*, nb. 221.

uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu przez poszczególnych konsorcjantów. Wyznacza ono bowiem prawa i obowiązki stron w zakresie ich wspólnego działania<sup>13</sup>. Opcjonalnym elementem umowy może być wskazanie tzw. lidera konsorcjum, który będzie odpowiedzialny za koordynowanie działań wszystkich stron umowy, a także reprezentowanie w stosunkach zewnętrznych we własnym imieniu, ale na rachunek wszystkich konsorcjantów. Mogą oni również powierzyć prowadzenie spraw osobie trzeciej, niektórym konsorcjantom albo prowadzić je wspólnie.

Istotnym elementem każdej umowy konsorcjum jest określenie odpowiedzialności wobec osób trzecich, a także sprecyzowanie zakresu ryzyka wynikającego z wykonywaniem wspólnego przedsięwzięcia. Podział ryzyka, jak słusznie podkreśla się w piśmiennictwie, nie zawsze jest możliwy w stosunkach zewnętrznych konsorcjum. Wynika to bowiem często z braku jawności danego konsorcjum lub obowiązujących przepisów prawa. „Wówczas uczestnicy z reguły dążą do zawarcia w umowie konsorcjum postanowień dotyczących podziału odpowiedzialności i ryzyk w stosunkach wewnętrznych, pomiędzy nimi, tak aby ewentualne rozbieżności w odniesieniu do stosunków zewnętrznych mogły zostać usunięte w trybie regresowym<sup>14</sup>”.

Inne elementy umowy konsorcjum nie są typowymi jej postanowieniami, a zatem mogą być różnie określone przez strony i są zależne od ich woli. Konsekwencją tej swobody może być również ukształtowanie umowy konsorcjum, która w istocie będzie spółką cywilną. Istnieje w tym zakresie spór w literaturze. Część autorów twierdzi, iż konsorcjum jest co do zasady spółką cywilną, ponieważ zawierana jest po to, by dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego<sup>15</sup>. Natomiast pozostała część doktryny i orzecznictwa wskazuje, iż nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania umowy konsorcjum jako umowy spółki cywilnej. Właściwy jest drugi pogląd, ponieważ dopiero w sytuacji, gdy dana umowa wypełnia elementy konieczne (*accidentalai negotii*) umowy nazwanej, to winna być uznana za umowę nazwaną i wówczas zastosowanie powinny znaleźć przepisy regulujące ten stosunek prawny<sup>16</sup>.

Automatyczne kwalifikowanie umowy konsorcjum jako spółki cywilnej nie odpowiada zasadzie swobody umów. Wolą konsorcjantów może być związanie stosunku prawnego, który nie ma charakteru trwałego, sformalizowanego, a który jednocześnie nie będzie ograniczony regułami *ius cogens*. Stąd też w praktyce zawiera się umowy nienazwane, w której to strony umowy dokładnie określają zakres działania każdego konsorcjanta, a także prawa i obowiązki.

Powyższe rozważania dotyczące statusu prawnego konsorcjum, w szczególności w zakresie odpowiedzialności wobec osób trzecich, podziału ryzyka, ustanowienia

<sup>13</sup> S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 258.

<sup>14</sup> K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 5.

<sup>15</sup> A. Pęczyk-Tofel, M.S. Tofel, *Podatkowe traktowanie konsorcjum na gruncie VATU*, Mon. Pod. 9/2008, s. 53–53, SPH T. 5; A. Herbert, *op.cit.*, nb. 147; S. Włodyka *op.cit.*, nb. 63.

<sup>16</sup> Por. wyrok SN z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, LEX 1765999; wyrok SA w Gdańsku z dnia 28 października 2016 r., I A Ca 718/16, LEX 2337031; wyrok SN z dnia 23 września 2016 r., II CSK 27/16, LEX 2151414.

lidera konsorcjum, jak również szczegółowe postanowienia ustalone przez strony mają istotne znaczenie dla prawa podatkowego. Dlatego też odpowiednie ukształtowanie treści umowy może spowodować określone konsekwencje podatkowe, czasami skrajnie odmienne, zwłaszcza w sensie ekonomicznym.

### 3. Charakter prawny konsorcjum a prawo podatkowe

Analiza dotycząca konsorcjum w świetle prawa cywilnego ma wpływ na jej ocenę jako podmiotu prawa podatkowego. W myśl art. 7 § 1 Ordynacji podatkowej<sup>17</sup> podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Ponadto, zgodnie z art. 7 § 2 o.p., ustawy podatkowe mogą ustanawiać podatnikami inne podmioty niż wymienione w § 1. Natomiast art. 135 o.p. stanowi, iż zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych w sprawach podatkowych ocenia się według przepisów prawa cywilnego, jeżeli przepisy prawa podatkowego nie stanowią inaczej. Mając na uwadze art. 15 ust. 1 u.p.t.u., podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w art. 15 ust. 2 u.p.t.u., bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia podatku od towarów i usług, jak również podatku dochodowego od osób prawnych, podatnikiem nie jest konsorcjum ze względu na brak osobowości prawnej, a także brak przyznania przez ustawodawcę zdolności prawnej. Jednocześnie konsekwencją tego jest stwierdzenie, że podatnikiem będzie każdy z konsorcjantów.

Jeżeli konsorcjanci zdecydują się ukształtować umowę konsorcjum, która będzie spółką cywilną, to pomimo że nie jest ona osobą prawną, to w świetle przepisów ustawy o podatku od towarów i usług ma status podatnika. Wskazać należy, iż podatnikiem podatku od towarów i usług może być każdy samodzielny podmiot prawny, niezależnie od jego formy organizacyjno-prawnej. Status spółki cywilnej jako podatnika wynika nie tylko z ustawy o podatku od towarów i usług<sup>18</sup>, ale również z Ordynacji podatkowej<sup>19</sup>. Potwierdza to również orzecznictwo sądów administracyjnych<sup>20</sup> oraz Trybunału Konstytucyjnego<sup>21</sup>.

W związku z powyższym, jeżeli konsorcjum nie ma cech spółki cywilnej, to podmiotem podatku od towarów i usług powinien być osobno każdy członek konsorcjum. Dlatego też, aby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych co do charakteru prawnego

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 800 ze zm.); dalej jako: o.p.

<sup>18</sup> Art. 14 ust. 9a u.p.t.u. dotyczący prawa do zwrotu różnicy nadwyżki podatku naliczonego nad należnym przysługującym byłym wspólnikom spółki.

<sup>19</sup> Art. 115 § 1 o.p. traktujący o odpowiedzialności wspólnika spółki cywilnej całym majątkiem solidarnie z pozostałymi wspólnikami i spółką za zaległości podatkowe.

<sup>20</sup> Wyrok NSA (do 31 grudnia 2003 r.) w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 1996 r., SA/Bk 211/95, LEX 26782; wyrok NSA z dnia 18 września 2007 r., I FSK 1191/06, LEX 441217; wyrok NSA z dnia 14 września 2010 r., I FSK 1443/09, LEX 786038; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 lutego 2012 r., III SA/Gl 958/11, LEX 1429880; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 16 lipca 2014 r., I SA/Ol 397/14, LEX 1501962.

<sup>21</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2009 r., P 80/08 (Dz.U. Nr 44, poz. 362).

konsorcjum, a następnie określonych skutków podatkowych w zakresie jego działania, należy do umowy wprowadzić odpowiednie postanowienia, które *expressis verbis* będą wskazywać, że zamiarem stron było utworzenie spółki cywilnej w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Będzie to miało znaczenie w przypadku, gdy w strony w umowie konsorcjum zastosują instytucje, które właściwe są umowom nazwanym (spółka cywilna) albo spółkom Kodeksu prawa handlowego. Ponadto, mimo rozstrzygnięcia podstawowej kwestii, czy zawarta przez strony umowa jest spółką cywilną, czy też opartą na zasadzie swobody umów – umową konsorcjum, nadal nie rozstrzyga to szczegółowych kwestii podatkowych. Powstają bowiem wątpliwości dotyczące m.in. alokacji kosztów i przychodów, wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami konsorcjum, a także stronami a liderem konsorcjum, co również powinno być analizowane przez pryzmat odpowiednich postanowień umowy, które niekoniecznie mogą odpowiadać stanowi faktycznemu.

#### 4. Konsorcjum a podatek dochodowy od osób prawnych

Jak wykazane zostało powyżej, konsorcjum nie posiada statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, czego konsekwencją jest indywidualne rozliczanie się poszczególnych konsorcjantów. Nie oznacza to jednak, iż z punktu widzenia prawa podatkowego umowa zawarta pomiędzy podmiotami współpracującymi pozostaje irrelevantna. Pomimo autonomii prawa podatkowego, umowa konsorcjum będzie miała zasadnicze znaczenie dla określenia, w jaki sposób powinna być konkretyzowana alokacja kosztów i przychodów w stosunku do każdego z konsorcjantów. W praktyce rozliczenia podatkowe, w szczególności w zakresie wydatków, przysparzają najwięcej trudności, co wynika z praktyki organów podatkowych. Jednakże, jak wskazano wcześniej, decydujące znaczenie zawsze będzie miała umowa i odpowiedź na pytanie, czy zgodnie z nią ma miejsce świadczenie pomiędzy partnerami, czy też alokacja kosztów. Zaznaczyć należy, że transfer środków nie jest decydujący dla rozstrzygnięcia wzajemności świadczenia, ponieważ sam przepływ środków nie spowoduje skutków podatkowych.

W myśl art. 5 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>22</sup> przychody z udziału w spółce niebędącej osobą prawną, ze wspólnej własności, wspólnego przedsięwzięcia, wspólnego posiadania lub wspólnego użytkowania rzeczy lub praw majątkowych łączy się z przychodami każdego wspólnika proporcjonalnie do posiadanego prawa do udziału w zysku (udziału). W przypadku braku przeciwnego dowodu przyjmuje się, że prawa do udziału w zysku (udziału) są równe. Zasady te stosuje się odpowiednio do rozliczania kosztów uzyskania przychodów, wydatków niestanowiących kosztów uzyskania przychodów, zwolnień i ulg podatkowych oraz obniżenia dochodu, podstawy opodatkowania lub podatku.

Ustawodawca nie wprowadził do ustawy definicji legalnej wspólnego przedsięwzięcia. Zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego*<sup>23</sup> pojęcie „przedsięwzięcie” oznacza projekt, działanie podjęte w jakimś celu, natomiast „przedsięwziąć” znaczy zdecydować się

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 1036 ze zm.); dalej jako u.p.d.o.p.

<sup>23</sup> <https://sjp.pwn.pl/szukaj/przedsewziac.html>.

na wykonanie czegoś. Zatem wspólne przedsięwzięcie zdefiniować można jako działanie podjęte w jakimś celu przez więcej niż jeden podmiot<sup>24</sup>. Nie ulega więc wątpliwości, że *definiens* pojęcia konsorcjum oraz pojęcia wspólnego przedsięwzięcia są tożsame, a tym samym przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych posługujące się tym ostatnim określeniem mają zastosowanie do umowy konsorcjum<sup>25</sup>.

Ponadto należy zauważyć, że brzmienie art. 5 u.p.d.o.p. *expressis verbis* wskazuje na to, że prawo do udziału w zysku ze wspólnego przedsięwzięcia jest równe, o ile nie istnieją dowody przeciwnie. Ustawodawca pozostawił zatem sposób określenia udziału w przychodach woli stron, która najczęściej będzie znajdowała odzwierciedlenie w umowie konstytuującej konsorcjum. Oznacza to, że przepisy prawa podatkowego i wynikające z nich konsekwencje mają charakter wtórny w stosunku do woli stron wyrażonej w zawartym przez nie stosunku cywilnoprawnym (umowie konsorcjum). W szczególności, jak wskazuje się w literaturze podmiotu, regulacje podatkowoprawne nie mogą oddziaływać na wysokość udziału w przychodach osiągniętych podczas realizacji wspólnych przedsięwzięć. Organy podatkowe mogą jednak za pomocą odpowiednich instrumentów podatkowych, np. w sposób odmienny niż wynika to z umowy konsorcjum, opodatkować konsorcjantów w przypadku stwierdzenia, iż skonkretyzowane postanowienia umowne między podmiotami różnią się od warunków, które sformułowałyby między sobą niezależne podmioty<sup>26</sup>. Ponadto analiza art. 5 u.p.d.o.p. prowadzi do wniosku, iż dotyczy on tylko podziału kosztów i przychodów konsorcjantów realizujących wspólne przedsięwzięcie, przepis jednakże nie określa momentu uzyskania przychodu u każdej ze stron umowy. Tutaj należy się odwołać do zasad ogólnych wyrażonych w art. 12 u.p.d.o.p.

Jak wskazano wyżej, sposób alokacji przychodów i kosztów najczęściej wynika z umowy konsorcjum, zaś brak tego rodzaju postanowień oznacza, iż znajdzie zastosowanie domniemanie stanowiące, że prawo do udziału w zysku jest równe. W przypadku, gdy strony zdecydują się określić udział w przychodach (zyskach) i kosztach (stratach) w umowie, powinno ono przybrać charakter procentowy bądź określać zasady dające podstawę do określenia udziału. W piśmiennictwie<sup>27</sup> oraz interpretacjach organów podatkowych<sup>28</sup> wyróżnia się dwa rodzaje (metody) ustalenia udziału: metoda rzeczowa oraz metoda finansowa. Można również spotkać się z metodą mieszaną stanowiącą hybrydę obu wyżej wymienionych sposobów określenia udziału w przychodach i kosztach.

<sup>24</sup> Por. A. Mariański [w:] W. Nikiel, A. Mariański (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych 2012*, Gdańsk 2012, s. 79; R. Pęk [w:] S. Babiarz, L. Błystak, B. Dauter, A. Gomułowicz, R. Pęk, K. Winiarski, *Podatek dochodowy od osób prawnych, Komentarz 2009*, Wrocław 2009, s. 102.

<sup>25</sup> Tak też: M. Pogoński, *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX, art. 5, nb. 21–21; A. Krajewska i in., *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX, art. 5, nb. 3.

<sup>26</sup> Por. art. 11 u.p.d.o.p.

<sup>27</sup> K. Jastrzębski, M. Wróblewski, *Opodatkowanie wspólnego przedsięwzięcia spółek kapitałowych*, Mon. Pod. 3/2011, s. 13.

<sup>28</sup> Por. interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 14 maja 2014 r., ITPB3/423–109/14/AW; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 9 grudnia 2016 r., 2461-IBPP1.4512.723.2016.1.MG.



Metoda finansowa zakłada, że udział każdego z konsorcjantów w przychodach lub kosztach jest zgodny z ustalonym wcześniej miernikiem procentowym. „Zasadniczo, każdy z uczestników powinien zaliczyć do przychodów przypadającą na niego (procentowo) wartość przychodów generowanych w ramach konsorcjum oraz wartość poniesionych kosztów”<sup>29</sup>. Przy zastosowaniu tej metody każdy konsorcjant wykonuje wspólne przedsięwzięcie stopniowo, stosownie do potrzeb inwestując własne aktywa, bez określonego wcześniej zakresu rzeczowego robót. Specyfika metody finansowej dotyczy również wspólnego konta rozliczeniowego, które służy do finansowania działalności konsorcjum, a tworzone jest przez wpłaty poszczególnych konsorcjantów. Jest ono kierowane i administrowane przez lidera konsorcjum, ale pozostali uczestnicy mają prawo wglądu do tego rachunku.

Zastosowanie metody finansowej skutkuje w zakresie kosztów poniesionych w wykonaniu wspólnego przedsięwzięcia rozliczeniem ich według przyjętego przelicznika w umowie konsorcjum. Z tym wiąże się problem uznania wydatków poniesionych przez konsorcjantów za koszty uzyskania przychodu, ponieważ co do zasady nie są oni w posiadaniu wiedzy co do rozliczeń, które dokonali pozostali członkowie konsorcjum. Wiedza ta jest natomiast potrzebna do kwalifikacji kosztów. Stąd też w tym modelu rozliczeniowym niezwykle ważny jest przepływ informacji pomiędzy konsorcjantami.

Drugą metodą alokacji kosztów i przychodów jest model rzeczowy (zadaniowy), który charakteryzuje się podziałem między uczestnikami konsorcjum zakresu prac, za który każdy będzie indywidualnie odpowiedzialny. Oznacza to, że nie znajdzie tutaj zastosowania ogólnie ustalony współczynnik procentowy określający sposób alokowania poprzednio zsumowanych kosztów. Tym samym każdy podmiot umowy, niezależnie od wygenerowanych kosztów, uzyska inny zysk. Ponadto zastosowanie metody zadaniowej, co do zasady, nie jest połączone z funkcjonowaniem wspólnego konta rozliczeniowego. Stąd też rzeczowy charakter realizowanego przedsięwzięcia powoduje, iż ponoszone przez strony umowy konsorcjum koszty wykonywania zadań obligują do ich samodzielnego rozliczania. Odwrotnie zatem niż ma to miejsce w przypadku metody finansowej, pomiędzy konsorcjantami nie musi istnieć ścisła współpraca w zakresie przekazu informacji dotyczących rozliczenia kosztów uzyskania przychodów.

Należy wskazać, że istnieje możliwość ukształtowania postanowień umowy w taki sposób, że nie będzie można jednoznacznie stwierdzić, czy zastosowana została metoda finansowa, czy rzeczowa. W tym miejscu powinno się również zastanowić, czy na gruncie prawa podatkowego przedstawiona konstrukcja może znaleźć zastosowanie. W takiej sytuacji w umowie konsorcjum najczęściej będzie określało się procentowy podział kosztów i przychodów w odniesieniu do realizowanego wspólnego przedsięwzięcia. Natomiast wskazana część zadań będzie wykonywana przez określonego w umowie konsorcjanta, który indywidualnie będzie ujmował i rozliczał przychody i koszty. Mając na uwadze powyższe, a zwłaszcza treść art. 5 u.p.d.o.p., należy stwierdzić, że metoda mieszana jest dopuszczalna, ponieważ strony umowy konsorcjum mogą swobodnie określić udział, który stanowi podstawę do alokacji kosztów i przychodów.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.



Analizując metody ustalenia udziału w kosztach i przychodach nie można pominąć fakultatywnego elementu umowy konsorcjum, który jednak co do zasady występuje, a mianowicie lidera konsorcjum. Działa on wobec osób trzecich w imieniu własnym, pozostałych konsorcjantów i na ich rzecz. Umowa konsorcjum najczęściej upoważnia lidera do wykonywania zarówno czynności prawnych, jak i faktycznych wobec kontrahenta<sup>30</sup>. Ponadto do wyłącznej kompetencji lidera należy wystawianie faktur na rzecz zamawiającego w związku z nabywanymi przez nich usługami. Jak wynika z praktyki organów podatkowych<sup>31</sup>, dla lidera konsorcjum przychodem powinna być tylko część kwoty netto wskazanej na fakturze, która jest jego faktycznym wynagrodzeniem i odpowiada udziałowi określonego w umowie konsorcjum. Natomiast pozostała część, będąca przychodem podatkowym pozostałych stron konsorcjum, powinna zostać im przekazana. Biorąc powyższe pod uwagę, należy dokonać analizy momentu uzyskania przychodu mając na względzie alokację przychodów i kosztów. W przypadku tych ostatnich, moment ich poniesienia nie jest dostatecznie sprecyzowany, a to oznacza, że podmioty konsorcjum mogą je skonkretyzować.

Natomiast w odniesieniu do przychodów ustawodawca wprowadził określone regulacje w art. 12 ust. 3a u.p.d.o.p. Zasadniczo za datę powstania przychodu uważa się dzień wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi, albo częściowego wykonania usługi, nie później niż dzień: wystawienia faktury albo uregulowania należności. Jeżeli strony ustalą, iż usługa jest rozliczana w okresach rozliczeniowych, za datę powstania przychodu uznaje się ostatni dzień okresu rozliczeniowego określonego w umowie lub na wystawionej fakturze, nie rzadziej niż raz w roku. Natomiast gdy świadczenie nie stanowi wynagrodzenia za dostawę, zbyte prawo czy wykonaną usługę, przychód powstaje w dacie otrzymania. Takie ukształtowanie przepisów nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy w sytuacji realizacji wspólnego przedsięwzięcia, w ramach którego tylko lider sprzedaje usługę na zewnątrz, przy ustaleniu daty powstania przychodu pozostałych podmiotów umowy zastosowanie zawsze znajduje zasada, iż przychód powstaje w dacie otrzymania. Zdaniem organów podatkowych, które nie uzasadniają szerzej swojego stanowiska, wszyscy uczestnicy wspólnego przedsięwzięcia uzyskują przychód w tym samym momencie. Taka teza zasługuje na aprobatę, ponieważ umocowanie lidera w umowie konsorcjum polega na działaniu w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów, a zatem moment powstania przychodu powinien jednakowy dla wszystkich. Konsekwencją tego powinna być ścisła współpraca pomiędzy konsorcjantami w zakresie przekazu informacji o uzyskanym przychodzie, który pozwoli na rozliczenie przychodu w odpowiednim terminie.

<sup>30</sup> Por. interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 14 maja 2014 r., ITPB3/423-109/14/AW; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 listopada 2017 r., 0112-KDIL1-2.4012.417.2017.1.EK; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 21 listopada 2017 r., 0111-KDIB1-3.4010.382.2017.1.APO.

<sup>31</sup> Por. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 7 maja 2012 r., ILPB1/415-169/12; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 25 marca 2014 r., ITPB3/423-636/13/DK; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 30 października 2014 r., IPPB5/423-802/14-2/RS; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 24 kwietnia 2017 r., 2461-IBPB-1-1.4510.19.2017.2.BK.

### 3. Konsorcjum a podatek od towarów i usług

Jeśli podatnicy zdecydują się na wspólne osiągnięcie celu gospodarczego przy użyciu konstrukcji prawnej, jaką jest konsorcjum, zobligowani są do właściwego rozliczenia podatku od towarów i usług. Wskazać należy, że ustawodawca nie przewidział żadnych szczególnych regulacji, normujących stosunki (głównie rozliczenia) zachodzące pomiędzy stronami umowy konsorcjum.

#### 3.1. Rozliczenia z odbiorcami towarów i usług

W przypadku, gdy konsorcjum nie jest spółką cywilną, podatnikiem podatku od towarów i usług jest każdy konsorcjant tylko w takim zakresie, w jakim wykonał on czynności zmierzające do realizacji przedsięwzięcia. Przedstawiony model rozliczania podatku jest jednak skomplikowany dla prawidłowego funkcjonowania konsorcjum, zwłaszcza gdy idzie o wystawienie faktury, czy też odliczenie podatku naliczonego przez wszystkie strony konsorcjum. Modelem alternatywnym, który znajduje zastosowanie w praktyce, jest wskazanie lidera konsorcjum, który stanie się podatnikiem z tytułu wykonywanego przedsięwzięcia. Konsekwencją takiego rozwiązania jest przyznanie liderowi prawa do rozliczenia podatku od towarów i usług w odniesieniu do całego konsorcjum. Stąd też lider konsorcjum powinien otrzymywać całą płatność za przedsięwzięcie zarówno w swoim własnym imieniu, jak i płatności przypadając pozostałym stronom konsorcjum. Objawia się to w prawie do wystawienia faktury zbiorczej kontrahentowi, która to faktura zawiera całą kwotę wynagrodzenia należnego konsorcjum, stanowiącą podstawę opodatkowania z tytułu wykonania przedsięwzięcia. Tym samym lider będzie zobowiązany do wykazania w składanej deklaracji VAT podatku należnego od całej otrzymanej kwoty<sup>32</sup>. Będzie także uprawniony do odliczenia podatku naliczonego z tytułu wydatków poniesionych przez konsorcjum.

#### 3.2. Rozliczenia pomiędzy uczestnikami konsorcjum

Analiza rozliczeń wymaga odpowiedzi na pytanie, jak powinno się klasyfikować czynności dokonane pomiędzy uczestnikami konsorcjum w świetle ustawy o podatku od towarów i usług. „W praktyce wzajemne rozliczenia uczestników konsorcjum oparte są na fakturach albo notach księgowych (debetowych)”<sup>33</sup>. W związku z powyższym istotne jest stwierdzenie, czy strony konsorcjum świadczą usługi<sup>34</sup> lub dokonują dostawy towarów<sup>35</sup> na rzecz lidera, co wiąże się z wystawieniem faktury. Odpowiedź negatywna wskazywałaby, iż pomiędzy uczestnikami konsorcjum następują jedynie przepływy środków pieniężnych, co powinno być udokumentowane notą księgową, ponieważ nie są spełnione przesłanki świadczenia usługi lub dostawy towarów. W związku z powyższym, gdy lider nabywa usługi, to strony konsorcjum zobowiązane są do wystawienia

<sup>32</sup> K. Jastrzębski, M. Wróblewski, *op.cit.*, s. 15.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Art. 8 ust. 1 u.p.t.u.

<sup>35</sup> Art. 7 ust. 1 u.p.t.u.

faktury, wykazania obrotu oraz opodatkowania tych usług. Lider natomiast świadczy zrealizowaną przez wszystkich konsorcjantów usługę na rzecz kontrahenta konsorcjum.

Jak słusznie wskazuje się w literaturze<sup>36</sup> oraz w praktyce organów podatkowych<sup>37</sup>, to treść umowy konsorcjum będzie decydowała o formie dokumentowania rozliczeń pomiędzy konsorcjantami. Jak zostało wywiezione w jednym z wyroków NSA<sup>38</sup>, podstawą zawarcia umowy konsorcjum jest zasada swobody umów, albowiem nie jest to żadna z przewidzianych w przepisach prawa umów nazwanych. Regulacje ustawy o podatku od towarów i usług nie dają żadnych odpowiedzi co do wewnętrznych rozliczeń w tym podatku. Dokonując zatem oceny takich rozliczeń każdorazowo należy dokonywać analizy umowy konsorcjum, która może przyjąć różne rozwiązania. W praktyce życia gospodarczego funkcjonuje wiele modeli konsorcjów, w których różnie organizowane są rozliczenia ze zleceniodawcą, ponoszenie kosztów związanych z realizacją projektu czy wewnętrznych rozliczeń (przychodów i kosztów) pomiędzy członkami konsorcjum.

Najczęstszym modelem występującym w praktyce, co potwierdza analiza interpretacji podatkowych, jest powołanie lidera, działającego w charakterze merytorycznym. Ponadto strony w umowie ustalają, że płatności otrzymywane przez konsorcjum od usługobiorców będą dokonywane na rachunek lidera oraz dokumentowane przez niego fakturami. Lider w takim modelu jest zobowiązany do podziału przychodu zgodnie ze stosunkiem procentowym ustalonym w umowie konsorcjum, który odzwierciedla rozkład obowiązków i kosztów poszczególnych stron konsorcjum. Najczęściej umowa konsorcjum nie przewiduje jakichkolwiek świadczeń pomiędzy konsorcjantami.

Powyższy model rodzi jednak wątpliwości w zakresie płatności, a mianowicie, czy płatności otrzymywane przez konsorcjantów od lidera objęte są zakresem opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Stąd też wynika następny problem, czy powinny być one dokumentowane fakturą, czy też pozostają poza zakresem opodatkowania i mogą być dokumentowane notą księgową.

Opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., podlegają jedynie odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Nie ulega wątpliwości, że płatności pomiędzy liderem a konsorcjantem nie są dostawą towarów, gdyż nie dochodzi do przeniesienia żadnego prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Podział przychodów pomiędzy konsorcjantów przez lidera nie będzie stanowić również świadczenia usług w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 u.p.t.u., a zatem nie będzie podlegać opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, ponieważ usługą jest tylko takie świadczenie, w którym odbiorca odnosi korzyść majątkową na podstawie stosunku prawnego. Przy czym między płatnością

<sup>36</sup> K. Kańtor, K. Wróblewska, *Umowa konsorcjum – konsekwencje w zakresie VAT*, Przegląd Podatkowy 12/2015, s. 22–25; A. Pęczek-Tofel, M.S. Tofel, *op.cit.*, s. 15–16.

<sup>37</sup> Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 30 sierpnia 2017 r., 0114-KDIP1-1.4012.293.2017.1.DG; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 2 czerwca 2016 r., IBPP2/4512-192/16/WN; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 30 maja 2016 r., 1061-IPTPP2.4512.93.2016.3.JS.

<sup>38</sup> Wyrok NSA z dnia 25 czerwca 2014 r., I FSK 1108/13, LEX 1984102. Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. C-77/01, LEX 155706; wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2017 r., I FSK 1839/15, LEX nr 2314138.

a świadczeniem musiałby zachodzić bezpośredni związek, na tyle wyraźny, aby można było stwierdzić, że płatność następuje w zamian za to świadczenie. Podział przychodów nie spełnia zatem definicji usługi, a zatem nie powinien być dokumentowany fakturą VAT, lecz innym dowodem księgowym, np. notą księgową. Wynika to również z braku spełnienia przesłanki przeniesienia władztwa nad towarami albo spełnienia faktycznych świadczeń pomiędzy konsorcjantami. Ponadto przesłanką warunkującą opodatkowanie, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., jest odpłatność rozumiana jako wynagrodzenie za świadczone usługi. Należy stwierdzić, że transfer wynagrodzenia pomiędzy liderem a członkiem konsorcjum jest jedynie operacją księgową, której nie można uznać za wzajemne świadczenie lidera<sup>39</sup>. Jest to wynikający z mocy umowy obowiązek podziału wyniku finansowego z tytułu zrealizowanych wcześniej przez konsorcjantów usług – uwzględnionych w całości w rozliczeniach PTU, ponieważ ten podmiot jako lider jest odpowiedzialny za wystawianie na usługobiorców faktur dokumentujących całość wynagrodzenia należnego od kontrahentów.

Rekapitulując, płatności uzyskane przez strony konsorcjum od lidera, mające podstawę w określonym w umowie procencie przypadającym na każdego konsorcjanta, pozostają poza zakresem opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

### 3.3. Konsorcjum a podwykonawstwo i odwrotne obciążenie w usługach budowlanych

W wyniku nowelizacji przepisów u.p.t.u., które weszły w życie 1 stycznia 2017 r. na mocy ustawy z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw<sup>40</sup>, powstała wątpliwość, czy strona konsorcjum może być uznana za podwykonawcę, który będzie rozliczał się z zastosowaniem tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia w odniesieniu do świadczenia usług budowlanych, o których mowa w poz. 2–48 załącznika nr 14 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Rozstrzygając powyższy problem należy zwrócić uwagę, iż w praktyce mogą wystąpić różne modele konsorcjów. W związku z tym, na podstawie szczegółowych postanowień umów konsorcjum dotyczących sposobu organizacji i rozliczeń pomiędzy stronami danego konsorcjum a kontrahentem oraz zakresu usług świadczonych przez poszczególnych uczestników konsorcjum, należy ustalić, czy w konkretnym stanie faktycznym lider oraz strona konsorcjum jest wykonawcą generalnym, czy podwykonawcą, o którym mowa w art. 17 ust. 1h ustawy.

Jeżeli z umowy konsorcjum wynika, że nabywcą usługi będzie kontrahent, a usługodawcą, który ma prawo do fakturowania prac konsorcjum, jest lider, to jedynie pomiędzy nabywcą usługi a usługodawcą zaistnieje relacja stosunku prawnego. Umowa główna w takim wypadku podpisana jest jedynie przez lidera konsorcjum, który wprowadzie działa w imieniu pozostałych partnerów konsorcjum, ale tylko on jest sprzedającym usługę i uprawnionym do wystawienia faktury VAT. Stąd też wcześniejsze zawarcie pomiędzy liderem konsorcjum a pozostałymi jej stronami odrębnych umów<sup>41</sup>, w których

<sup>39</sup> Por. wyrok NSA z dnia 10 października 2014 r., I FSK 1418/1; wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2013 r., I FSK 1128/12.

<sup>40</sup> T.j. Dz.U. poz. 2024.

<sup>41</sup> Art. 8 ust. 2 u.p.t.u.

lider staje się nabywcą usługi budowlanej w celu jej dalszej odsprzedaży, a sprzedawcą jest strona konsorcjum, powoduje powstanie stosunek podwykonawstwa między liderem a podmiotem konsorcjum.

Do zadań partnera konsorcjum należy wykonanie części praw budowlanych objętych umową zawartą pomiędzy liderem a usługobiorcą, w zakresie wynikającym z umowy konsorcjum, a także wystawienie faktur za wykonane prace na rzecz lidera. Stąd też rozliczenia między członkiem konsorcjum a partnerem będą realizowane na podstawie wystawionych faktur. Konsekwencją tego jest stwierdzenie, że strona konsorcjum jest niewątpliwie podwykonawcą, a obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług z tytułu wykonanych przez niego usług będzie ciążył na liderze konsorcjum<sup>42</sup>.

Biorąc pod uwagę powyższe należy jednak wskazać, że prawidłowo Ministerstwo Rozwoju i Finansów w „Ogólnych wyjaśnieniach przepisów prawa podatkowego w zakresie stosowania mechanizmu odwróconego obciążenia w transakcjach dotyczących świadczenia usług budowlanych”<sup>43</sup> stwierdziło, iż:

w związku z zasadą swobody zawieraniu umów, każde z konsorcjów ma w praktyce biznesowej indywidualny charakter, dlatego też ocena funkcjonowania konsorcjum pod kątem obowiązku rozliczenia podatku od towarów i usług od wykonywanych przez jego członków usług budowlanych powinna odbywać się w oparciu o analizę całokształtu okoliczności występujących w każdej, konkretnej, indywidualnej sytuacji – każda usługa powinna być rozpatrywana osobno, z zachowaniem indywidualnego charakteru.

## 5. Podsumowanie

Strony konsorcjum, mające na celu osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego, stoją przed wyborem modelu współpracy. Wybór ten polega albo na zawarciu spółki celowej o jasnych zasadach opodatkowania i szczegółowych regulacjach, albo na zawiązaniu konsorcjum, do którego ustawodawca nie przewidział odrębnego uregulowania, co jednocześnie oznacza wątpliwości podatkowe. Na kanwie niniejszego opracowania zostały przedstawione poglądy co do wątpliwości podatkowych, które uwidaczniają się w modelu kooperacji opartej na umowie konsorcjum, motywowane brakiem szczegółowych opracowań w tym zakresie.

Rekapitulując powyższą analizę stwierdzić należy, że podmioty zawierając umowę konsorcjum mają duży wpływ na późniejsze konsekwencje podatkowe wspólnego przedsięwzięcia. Szczegółowe i czasami tylko nieznacznie odmiennie postanowienia umowne będą implikowały różne skutki podatkowe nie tylko w zakresie zawarcia umowy, ale także rozliczeń dokonywanych wewnątrz – pomiędzy stronami umowy

<sup>42</sup> Takie stanowisko prezentowane jest również przez organy podatkowe w interpretacjach indywidualnych Dyrektora Krajowej Administracji Skarbowej: z dnia 20 marca 2017 r., 3063-ILPP1-2.4512.28.2017.1.AW; z dnia 4 kwietnia 2017 r., 1462-IPPP3.4512.48.2017.2.KT; z dnia 12 czerwca 2017 r., KDIP1-2.4012.194.2017.1.JŻ; z dnia 22 czerwca 2017 r., KDIL1-2.4012.59.2017.1.TK; z dnia 11 maja 2017 r., 1462-IPPP1.4512.164.2017.1.KC.

<sup>43</sup> <http://www.finanse.mf.gov.pl/documents/766655/1402295/Objaśnienia+podatkowe+z+17+marca+2017+r.pdf>, 15.11.2017.



konsorcjum. Stąd też w praktyce strony w momencie zawierania umowy dotyczącej realizacji wspólnego przedsięwzięcia powinny zastanowić się, jaki wariant wzajemnych relacji oraz rozliczeń podatkowych będzie korzystniejszy z ekonomicznego punktu widzenia i następnie odpowiednio ukształtować postanowienia umowne dotyczące pozycji lidera, obowiązków stron, a także odpowiedzialności. Wskazać należy, jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej, iż decydujące znaczenie dla oceny skutków podatkowych umowy mają postanowienia regulujące wzajemne prawa i obowiązki strony, a nie nazwa umowy. Ma to szczególne znaczenie w przypadku umowy konsorcjum, która – pomijając problem spółki cywilnej – jest umową nienazwaną, kształtowaną w oparciu o swobodę kontraktowania, nieograniczoną przepisami bezwzględnie obowiązującymi, a jedynie – jak wskazuje art. 353<sup>1</sup> – byleby jej treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W praktyce może okazać się, że pomimo innego celu stron, w rzeczywistości umowa została ukształtowana na zasadzie podwykonawstwa i podlega opodatkowaniu zgodnie z mechanizmem odwróconego obciążenia, a nie na zasadach ogólnych. Wskazany problem może wystąpić wówczas, gdy strony konsorcjum wybiorą model wzajemnego fakturowania, a zawarte w umowie postanowienia będą świadczyły o tym, iż nie jest to wspólne przedsięwzięcie, a podwykonawstwo. W związku z tym strony konsorcjum powinny zawrzeć w umowie szczegółowe i jasne zapisy świadczące o tym, iż jest to wspólne przedsięwzięcie, a nie podwykonawstwo.

\* \* \*

### Tax Consequences of Concluding a Consortium Agreement

The dynamics of economic and legal relations entail building agreements by entrepreneurs in order to achieve the goal of implementing a project of significant value. The consortium agreement is a legal form for such agreements, it involves a far-reaching freedom and flexibility in terms of its formation, constituting an alternative to another form of consolidation, which is a company. The purpose of this article is to present the problem of influence of provisions of consortium agreement on tax consequences of both the tax on goods and services and the tax on legal persons established by the parties. The considerations concern, therefore, determination of the entity on which the payment obligation lies, as well as determining the position of the consortium leader, indicating its rights and obligations. The main problem is the analysis of allocation of costs and revenues and mutual settlements between the consortium teams. The article is also a cautious attempt to identify economically more advantageous solutions in specific situational contexts.

**Key words:** consortium agreement, allocation of costs and revenues, tax



**mgr Dominika Sokołowska<sup>1</sup>**

## **Idea sprawiedliwości naprawczej w konkurencji do państwowego prawa karania – kilka słów o paradygmatach prawa karnego**

### **Streszczenie:**

Artykuł przedstawia przegląd teorii racjonalizujących stosowanie sankcji karnej na przestrzeni dziejów z uwzględnieniem ich historycznych oraz filozoficznych podstaw. W miarę upływu lat teorie te w praktyce z różnym stopniem efektywności spełniały wyznaczone im cele. Płynące stąd rozczarowania stały się przyczynkiem do poszukiwania alternatywy dla tradycyjnie rozumianej kary i rozwoju nowych koncepcji, w tym sprawiedliwości naprawczej. Praca przedstawia jej główne założenia oraz możliwości jej aplikacji we współczesnych systemach prawnych.

**Słowa kluczowe:** kara, uzasadnienie kary, *ius puniendi*, sprawiedliwość naprawcza, paradygmaty prawa karnego

### **1. Wstęp**

Uzasadnienie państwowego prawa do zastosowania karnoprawnej reakcji na przestępstwo stanowi od lat przedmiot rozważań dogmatyków i filozofów prawa. Nie budzi bowiem wątpliwości, że ingerencja w wolności i prawa obywatelskie sprawcy wymaga usprawiedliwionych podstaw, w szczególności zaś odnoszących się do celowości tego rodzaju zabiegów. Przez lata zastanawiano się przy tym głównie nad tym, dlaczego należy karać za popełnienie przestępstwo, uznając za oczywistą i niejako dorozumianą pozytywną odpowiedź na to, czy karać w ogóle. Szereg koncepcji uzasadniających prawo karania oraz związane z nimi założenia w praktyce przynosiły rozczarowanie, wobec czego zaczęto rozważać alternatywne wobec sankcji karnej sposoby reagowania

---

<sup>1</sup> Autorka jest doktorantką II roku w Katedrze Prawa Karnego UJ oraz aplikantem adwokackim.

na przestępczość. Z kontestacji kary kryminalnej zrodziła się idea tzw. sprawiedliwości naprawczej, która w ostatnim czasie zyskuje na popularności. Warto jednak zauważyć, że fundamentalne jej założenia mają swoje zakorzenienie w początkach historii prawa karnego, kiedy to konflikt wywołany przestępstwem rozwiązywały strony bezpośrednio weń zaangażowane. Niniejszy artykuł ma na celu zaprezentowanie i porównanie założeń tkwiących u podstaw owych dwóch alternatywnych paradygmatów prawa karnego – retrybutywnego i naprawczego, które tylko pozornie są ze sobą nie do pogodzenia.

## 2. Sankcja karna jako element tradycyjnego paradygmatu prawa karnego

W nauce prawa karnego tradycyjnie przyjmuje się, że kara kryminalna stanowi społecznie ujemną reakcję na popełnione przestępstwo, wyrażającą jego potępienie, stanowiącą ze swej istoty osobistą dolegliwość dla jego sprawcy wymierzoną przez konstytucyjnie uprawniony do tego organ państwa<sup>2</sup>. Ta logiczna sekwencja wyrażająca się w relacji przestępstwa i kary – dwóch elementów dystynktywnych dla prawa karnego – wciąż pozostaje założeniem fundamentalnym. Z punktu widzenia kulturowego, ewolucja tych pojęć obrazuje aktualny na poszczególnych etapach rozwoju tej dziedziny stan świadomości określonych wspólnot i akceptowany przez nie porządek aksjologiczny. Jak trafnie zauważył Juliusz Makarewicz, prawo karne jest „jakby negatywem fotograficznym, malującym (...) stan cywilizacji, budowę społeczną, potrzeby i ideały danego społeczeństwa”. Autor ten wskazuje na trzy fazy rozwoju, w których normy prawnokarne początkowo miały „zapewnić panowanie grupy silniejszej nad słabszą, następnie sankcjonowały normy tworzone przez bóstwo (religię), aby wreszcie – w fazie nowożytnej, której początek dała Rewolucja Francuska z 1789 r. – przyjąć za kryterium ochronę dóbr i interesów społeczeństwa jako takiego”<sup>3</sup>. Rozwój prawa karnego przebiegał więc, równoległe do przekształcania struktur rodowych w struktury plemienne, a następnie w organizmy państwowe, od krwawej zemsty rodowej, przez okres hołdujący zasadzie odwetu (*ius talionis*), okres stosowania okupu (kompozycji) stanowiący swoistą prywatyzację wymierzania sprawiedliwości, aż do całkowitego upaństwowienia wymiaru kary, z którym związane było dojście do głosu idei wymierzania kary proporcjonalnej do ciężaru przestępstwa oraz eliminowanie kar okrutnych<sup>4</sup>.

Pierwotną dla tak zakreślonych etapów rozwoju prawa karnego podstawę karania stanowiła chęć zemsty, spowodowana przekroczeniem zwyczajowo przyjętych w danej

<sup>2</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski [w:] *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa Karnego. Tom 5*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 11.

<sup>3</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 10–15.

<sup>4</sup> Zob. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 71–78 oraz W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 47–50. Odmienne procesy rozwoju koncepcji kary określa M. Szerer, podnoszący na fakt pomieszczenia w literaturze związku czasowego z powiązaniem rozwojowym pomiędzy karą a pierwotną zemstą, podczas gdy właściwości zemsty nie zostały przekazane i wpisane w naturę kary – zob. M. Szerer, *Kara. Szkic socjologiczny*, Kraków 1910, s. 4–60. Podobnie rzecz ujmują L. Lernell, kwestionujący tradycyjne ujmowanie rozwoju prawa karnego jako przebiegającego na linii stopniowego „uszlachetniania kary” (*mitigatio poena*) – por. L. Lernell, *Podstawy nauki polityki kryminalnej. Studia z zagadnień przestępstwa, odpowiedzialności i kary*, Warszawa 1967, s. 253.

grupie norm. Takie zachowanie, wartościowane ujemnie, nie od razu nazywane było przestępstwem, podobnie jak nie od razu określano mianem kary społeczną na nie reakcję. Z czasem reguły zakazujące naruszania określonych dóbr stawały się przedmiotem decyzji władcy (prawodawcy). Początkowo reguły te silnie nawiązywały do religii i pojęcia grzechu, stopniowo zaś zyskiwały uzasadnienie racjonalne, co dało podstawę do posługiwania się kategorią deliktu prawnego, zasadniczo od razu klasyfikowanego wedle kryterium charakteru chronionego dobra oraz trybu dochodzenia odpowiedzialności karnej na delikt prywatny i publiczny<sup>5</sup>. Formuła *delicta privata* przez stulecia stanowiła kategorię dominującą. Dopiero w epoce Oświecenia istotę przestępstwa zaczęto utożsamiać z naruszeniem dóbr publicznych, by następnie różnicować je wewnętrznie na różne rodzaje, w zależności od wagi naruszonego dobra prawnego i skorelowanego z nią stopnia surowości grożących kar. Wówczas też wykształciły się dwie fundamentalne zasady odpowiedzialności karnej, wyrażone w łacińskich sentencjach *nullum crimen sine lege* oraz *nullum crimen sine culpa*. Z tak ukształtowanej podstawy powstał powszechnie do dziś obowiązujący w Europie model przestępstwa jako czynu bezprawnego i zawinionego, zabronionego przez prawo pod groźbą kary kryminalnej<sup>6</sup>.

W aspekcie moralno-etycznym przestępstwo pozostaje pewną postacią zła, zachowaniem ocenianym negatywnie w oparciu o kryteria odwołujące się do powszechnie akceptowanych w danej społeczności wartości. Owo zło jest definiowane jako przestępstwo wyłącznie przez państwo. To także państwo określa sposób reakcji na fakt jego popełnienia. Współcześnie, obok tradycyjnie rozumianych kar, prawo karne operuje również innymi środkami reakcji na popełnione przestępstwo, które to środki, podobnie jak kary, zawierają w sobie pewien element dolegliwości i przymusu. Jednakże, jak wskazuje M. Cieślak, dolegliwość zawarta w owych innych niż kary środkach z reguły nie jest zamierzona, a tylko faktycznie nieunikniona. Środki reakcji karnej na czyny zabronione przez prawo autor określał zbiorczym pojęciem „sankcji”<sup>7</sup>. Na gruncie tak przyjętego nazewnictwa, zawarte w kodeksie karnym kary i inne środki reakcji karnej, takie jak środki karne, środki probacyjne oraz środki zabezpieczające, określa się wspólnym mianem „sankcji karnych”<sup>8</sup>. Próbę ogólnego zdefiniowania tego pojęcia podjął W. Wróbel, uznając, iż jego istota nie wyczerpuje się w samym, nawet drastycznym, ograniczeniu praw lub wolności jednostki, gdyż:

pojęcie to obejmuje raczej te przypadki, gdy orzekanie określonego środka ograniczającego prawa lub wolności podmiotowe służy wyrażeniu negatywnej oceny i potępieniu popełnionego czynu. Sankcją karną należy także nazwać te wszystkie konsekwencje

<sup>5</sup> R. Zawłocki [w:] *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego. Tom 3*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 58.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1994, s. 12–13.

<sup>8</sup> M. Melezini [w:] *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa Karnego. Tom 5*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 135–136. Autorka wskazuje, iż w przypadku sankcji innych niż kara charakterystyczna dla nich dolegliwość z reguły nie jest zamierzona, a stanowi jedynie efekt uboczny przy realizacji innego celu, np. kompensacji, ograniczenia niebezpieczeństwa ze strony osoby niepoczytalnej czy stworzenia warunków do odpowiedniego leczenia.

nakładane na sprawcę konkretnego czynu, których dolegliwość (zarówno *in plus*, jak i *in minus*) nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w celach restytucyjnych, zabezpieczających lub egzekucyjnych, daje się natomiast zracjonalizować jako powstrzymanie innych od naruszenia danej normy zakazu lub nakazu, lub też zaspokojenie naruszonego poczucia sprawiedliwości (tak jak pojmuje się to pojęcie w koncepcjach retrybucyjnych)<sup>9</sup>.

Stosowanie sankcji karnych, czy to w postaci kary, czy innego środka karnego, jako forma posługiwania się represją w postaci ograniczania praw i wolności jednostki, takich jak własność czy wolność, wymaga określonego uzasadnienia i racjonalizacji. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań.

## 2.1. Teorie racjonalizacji kary

Problemem szczególnie istotnym we współczesnych demokracjach liberalnych pozostaje odpowiedź na pytanie o to jak uzasadniać prawo karania przysługujące państwu i czy prawo takie w ogóle istnieje. Prezentowane na przestrzeni wieków koncepcje teoretyczno-filozoficzne, stanowiące próby sformułowania spójnych systemów poglądów na to czy i jaki sens ma kara kryminalna, można sprowadzić do kilku głównych nurtów, wśród których znajdują się systemy afirmujące instytucję kary, tj. teorie retrybucyjne, teorie utylitarne oraz stanowiące kombinację powyższych teorie mieszane, a także usytuowane na przeciwnym biegunie teorie negujące sens kary i prawa do jej wymierzania, stanowiące punkt wyjścia współczesnego abolicjonizmu.

Wydaje się, że nie wypracowano dotąd satysfakcjonującego a alternatywnego wobec stosowania sankcji karnych systemu kontroli społecznej, pozwalającego w dostateczny sposób zapewnić bezpieczeństwo i ochronę istotnych wartości i dóbr przed ich naruszeniami. Pomimo dostrzegalnego w coraz większym stopniu rozczarowania efektami polityki karnej opartej na wymierzaniu kar, co tyczy się przede wszystkim kary pozbawienia wolności, współczesne społeczeństwa nie są jeszcze gotowe na całkowitą rezygnację z tradycyjnej formy reakcji na przestępstwo. Przede wszystkim zaś na taką rezygnację nie jest gotowa władza, dla której wymierzanie kary stanowi szansę na demonstrację siły, a coraz częściej również wdzięczne pole do zbijania kapitału politycznego poprzez tzw. gospodarowanie strachem. Sankcje karne pozostają więc nadal podstawowym sposobem reakcji na przestępczość w karnoprawnych systemach krajów cywilizacji euroatlantyckiej, w których utrwalone struktury państwowe skutecznie wyparły pierwotne sposoby rozwiązywania konfliktów w organizacjach plemiennych, bardziej skorych do podejmowania prób koncyliacyjnego rozwikłania sporu wynikłego z naruszenia dóbr i chroniących je norm. Wobec powyższego aktualne pozostaje odwieczne już pytanie o uzasadnienie i racjonalizację stosowania przez państwo sankcji karnych.

Sformułowane przez Grocjusza dwie podstawy usprawiedliwiające *ius puniendi* – jej słuszność (*meritum*) oraz pożyteczność (*utilitas*) – posłużyły za kryterium podziału teorii kar, który zaproponował w 1801 roku Karl Salomo Zachariae<sup>10</sup>. Podział ten wyróżnia teorie bezwzględne (absolutne), oparte na idei kary jako odwetu oraz teorie względne,

<sup>9</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 390.

<sup>10</sup> L. Lernell, *Podstawowe zagadnienia penologii*, Warszawa 1977, s. 40.

(użyteczne) odwołujące się do celów jakie kara ma osiągnąć. W późniejszej nauce prawa karnego powyższą klasyfikację uzupełniono o teorie mieszane.

### 2.1.1. Teorie retrybucyjne – racjonalizacja sprawiedliwościowa

Uzasadnieniem kary w modelu retrybucyjnym jest sam fakt popełnienia przestępstwa i wynikająca z tego faktu konieczność urzeczywistnienia idei sprawiedliwości poprzez odpłatę za wyrządzone zło. Nazwa tego nurtu pochodzi od łacińskiego *retribuere*, oznaczającego „oddawać na powrót”. Retribucyizm oparty jest na Arystotelesowskiej idei sprawiedliwości wyrównawczej, która – w przeciwieństwie do sprawiedliwości rozdzielczej, odnoszącej się do podziału zaszczytów, pieniędzy lub innych rzeczy mogących być przedmiotem podziału pomiędzy uczestników wspólnoty państwowej – wynika z rodzących zobowiązania stosunków między ludźmi<sup>11</sup>. W koncepcji Stagiryty wyrównanie powinno zostać dokonane w oparciu o arytmetyczną proporcję uwzględniającą różnice wynikające z winy przestępcy. Na bazie tego założenia filozof wyróżnił jako jeden z rodzajów sprawiedliwości wyrównawczej sprawiedliwość proporcjonalną, którą należy stosować przy wymierzaniu kary<sup>12</sup>. Sprawiedliwą odpłatą w tym przypadku jest odebranie pewnych dóbr sprawcy przestępstwa, stanowiące w powszechnym przekonaniu przykrą dolegliwość. Sposób doboru owej odpłaty winien być odpowiedni do oceny społecznej szkodliwości zawinionego zachowania sprawcy.

Kara w koncepcji retribucyjnej, jako forma odpłaty złem za zło, silnie nawiązuje do instytucji zemsty krwawej, ograniczanej następnie i przybierającej stopniowo cywilizowane ramy dzięki rozwojowi organizacji państwowej<sup>13</sup>. W formie zinstytucjonalizowanej *ius puniendi* staje się ponadto wyrazem poszanowania autonomii racjonalnej jednostki, zdolnej do podejmowania świadomych wyborów. Takie ujęcie znalazło swój szczególnie wyraz w filozofii moralnej Immanuela Kanta. W jego ujęciu kara stanowi fizyczną dolegliwość połączoną z moralnym złem, będącą jego koniecznym następstwem. Punktem wyjścia dla Kantowskiej koncepcji kary jest formuła „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w swej osobie, jako też w osobie każdego innego, używał zawsze zarazem jako celu, nigdy jako środka”<sup>14</sup>. Wynika z niej zasada, iż uzasadnienie kary wynikać może nie z czego innego, jak tylko z faktu popełnienia przestępstwa. Próba innej niż wskazana racjonalizacji kary stanowić będzie, zdaniem Kanta, niedopuszczalne uprzedmiotowienie istoty rozumnej. Odwołanie się do prewencji generalnej powoduje, że sprawca zostaje sprowadzony do roli środka służącego odstraszeniu od popełniania przestępstw potencjalnych sprawców, w przypadku natomiast prewencji indywidualnej odstrasza się od takich działań samego sprawcę i tym samym karze się go niejako „na konto” jego przestępnych zachowań w przyszłości, wcale przecież jeszcze nie przesądzonych<sup>15</sup>. Jak pisze Kant:

<sup>11</sup> M. Krasuski, *O ewolucji pojęcia sprawiedliwości w Europie uwag kilka* [w:] *Sprawiedliwość w kulturze europejskiej*, red. W. Kaute, T. Słupik, A. Turoń, Katowice 2011, s. 22–23.

<sup>12</sup> Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 2002, s. 173–176.

<sup>13</sup> A. Zoll, *Wina i kara*, Nauka 2004, nr 1, s. 39.

<sup>14</sup> I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Warszawa 1984, s. 62.

<sup>15</sup> M. Chmieliński, *Kanta filozofia kary*, *Ius et Lex* 2006, nr 1, s. 314.



Kara sędziowska (*poena forensis*) różni się od kary naturalnej (*poena naturalis*), przez którą występki karze sam siebie i której ustawodawca nie bierze wcale pod uwagę. Nie może być ona nigdy stosowana jako środek do urzeczywistnienia innego dobra bądź to dla samego przestępcy, bądź to dla społeczeństwa obywatelskiego, lecz musi być wymierzana przestępcy zawsze jedynie dlatego, że dopuścił się przestępstwa. Człowieka bowiem nie można nigdy używać wyłącznie jako środka do celów kogoś innego i stawiać go wśród przedmiotów prawa rzeczowego; chroni go przed tym jego wrodzona [naturalna] osobowość, mimo iż może on zostać skazany na utratę osobowości cywilnej. Należy go najpierw uznać godnym kary (*strafbar*), zanim jeszcze pomyśli się o tym, jaką korzyść można by wyciągnąć z tej kary dla niego samego lub jego współobywateli<sup>16</sup>.

Wymierzenie kary, wolne od emocjonalnych uwarunkowań związanych z zemstą, w kantowskim systemie filozoficznym należy do domeny publicznej. Stanowi ono bezwzględny imperatyw rozumu praktycznego. Jest nie tylko prawem, ale i obowiązkiem państwa. Wedle Kanta:

Norma nakazująca karę (*Strafgesetz*) jest imperatywem kategorycznym i biada temu, kto prześlizguje się przez węzowate zakręty nauki szczęśliwości, aby odnaleźć coś, co dzięki korzyści jaką obiecuje, zwalniałaby go z [obowiązku] kary lub choćby tylko pewnego jej stopnia, zgodnie z faryzejskim powiedzeniem: „Lepiej, by umarł jeden człowiek, niżby cały naród miał zginąć”; gdy bowiem przestaje istnieć sprawiedliwość, życie ludzkie na ziemi nie ma już wartości. Co należałoby odpowiedzieć komuś, kto by proponował, żeby zachować przy życiu skazanego na śmierć zbrodniarza, który zgodził się na to, by przeprowadzić na nim niebezpieczne eksperymenty i któremu udało się je przetrzymać, tak aby dzięki temu lekarze nauczyli się czegoś nowego z pożytkiem dla społeczeństwa? Trybunał z pogardą odpawiałby zespół medyków występujących z taką propozycją. Albowiem sprawiedliwość przestaje być sprawiedliwością, jeżeli sprzedaje się za jakąkolwiek cenę<sup>17</sup>.

Prawo do darowania kary, zdaniem filozofa, ma jedynie suweren reprezentowany przez najwyższego władcę, obywatele bowiem w zorganizowanym społeczeństwie nie sprawują wymiaru sprawiedliwości. Prawo to przysługuje mu jednak tylko wobec sprawców przestępstw obraży majestatu, gdyż w takim przypadku władca może swobodnie dysponować naruszonym dobrem, mającym czysto prywatny charakter<sup>18</sup>.

Dla Kanta podstawę sprawiedliwego wyroku stanowić może, wedle zmodyfikowanej formuły prawa talionu wyrażającej się odplatą „równym za równe” (nie zaś pierwotnej „tym samym za to samo”), tylko waga przestępstwa. Dolegliwość jako immanentny element kary odpowiada więc złu wyrządzonemu przestępstwem tylko pod względem nasilenia i intensywności, odwet zaś konsekwentnie przybiera jedynie charakter formalny. Warunkiem koniecznym wymierzenia sprawcy kary jest uprzednie przypisanie winy.

Zwolennikiem retributywnego uzasadnienia *ius puniendi* był także Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Wedle jego koncepcji odwet wpisany w instytucję kary rozumiany jest jako proces negacji przestępstwa, a zarazem przywrócenia prawa. Hegel, podobnie jak Kant, zauważywszy niedoskonałości klasycznego prawa talionu, formułuje postulat

<sup>16</sup> I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, tłum. W. Galewicz, Kęty 2006, s. 137.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 137–138.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 143.



by wymiar kary odpowiadał stopniowi zawinienia oraz ciężarowi przestępstwa. Proporcjonalna odpłata ma spowodować, aby sprawca odczuł co oznacza pogwałcenie wolności czy własności innej osoby<sup>19</sup>. Filozof zauważa, że jedynie w wysoko rozwiniętym pod względem moralnym społeczeństwie bądź we wspólnocie o silnej władzy państwowej możliwe jest złagodzenie, a nawet całkowita rezygnacja z karania<sup>20</sup>.

Obie koncepcje niemieckich myślicieli stały się fundamentem szkoły klasycznej prawa karnego. Przedstawiciele tego kierunku, przy akceptacji podstawowej tezy retributywizmu, jaką jest retrospektywne uzasadnienie kary, dostrzegali jednocześnie jej walory zewnętrzne, ugruntowujące wśród społeczeństwa przekonanie o niechybnych konsekwencjach naruszenia norm i afirmujące powszechny system wartości. Idea sprawiedliwej odpłaty, na skutek rozczarowania efektami aplikacji postulatów nurtów utylitarnych, powróciła później do nauki prawa karnego pod postacią neoklasycyzmu.

Niewątpliwą zaletą sprawiedliwościowej racjonalizacji karania jest podmiotowe traktowanie jednostki jako osoby charakteryzującej się przyrodzoną godnością. Ponadto teorie te dostarczają pewnej, empirycznie stwierdzalnej podstawy odpowiedzialności karnej, jaką jest fakt popełnienia przestępstwa, dzięki czemu zyskuje na znaczeniu funkcja gwarancyjna prawa karnego<sup>21</sup>. Jasno określone i jednakowe dla wszystkich sprawców kryteria doboru dolegliwości kary pozwalają w głębszy sposób realizować zasadę równości. W kryteriach tych tkwić może jednak także i słabość koncepcji retributywnych. Trudno bowiem znaleźć adekwatne i powszechnie obowiązujące przeliczniki ciężaru przestępstwa na wymiar kary<sup>22</sup>. W tym modelu zaakceptowania wymaga także fakt, iż sprawiedliwa odpłata w postaci kary maksymalnej nie zawsze jest w stanie odzwierciedlić maksymalny ciężar danego typu przestępstwa. Nie wszystkie też przestępstwa, z powodów czysto racjonalnych, spotkają się z taką sprawiedliwą odpłatą. Nierealistycznym jest bowiem założenie, że organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości będą w stanie wykryć każde przestępstwo i doprowadzić do skazania osoby za nie odpowiedzialnej<sup>23</sup>. W praktyce realizacja postulatów płynących z zasady równości może więc doznawać ograniczeń.

### 2.1.2. Teorie utylitarne – racjonalizacja celowościowa

Koncepcje utylitarne uzasadnienia kary dopatrują się w zapobieżeniu popełniania przestępstw w przyszłości zarówno przez samego sprawcę, jak i pozostałych członków społeczeństwa. Kara stanowi więc zło, które przewyższyć mają przyszłe dobre skutki w postaci efektu indywidualno- oraz generalnoprewencyjnego.

Zwolennikiem utylitarnej racjonalizacji kary opartej na prewencji generalnej negatywnej był Jeremy Bentham. Wedle jego poglądu podstawą kary miała być konieczność takiego powszechnego oddziaływania, które odstraszy społeczeństwo od popełniania przestępstw. Koncepcja penologiczna Benthama opiera się na zasadzie użyteczności,

<sup>19</sup> B. Wojciechowski, *Hegla filozofia kary*, Ius et Lex 2006, nr 1, s. 295. Zob. także cytowane tamże Z. Stawrowski, *Państwo i prawo w filozofii Hegla*, Kraków 1994, s. 72.

<sup>20</sup> B. Wojciechowski, *op.cit.*, s. 295–296.

<sup>21</sup> A. Zoll, *Wina...*, s. 40.

<sup>22</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 421.

<sup>23</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 48.

rozumianej jako założenie, iż podstawą wszelkich ludzkich działań jest dążenie do maksymalizacji przyjemności i minimalizowania przykrości. W tym ujęciu „kara się nie opłaca, (...) jest zbyt kosztowna, gdy zło wywołane karą jest większe od zła sprawionego przez przestępstwo”<sup>24</sup>. Kara stanowi więc pewien sztucznie wykreowany przez ustawodawcę bodziec wpływający na motywację potencjalnego sprawcy, który – przy założeniu dążenia do maksimum przyjemności i opartej na tym założeniu kalkulacji – skłoni go do odstąpienia od przestępczych zamiarów. Zgodnie z zasadą użyteczności, kara jako zło samo w sobie winna być stosowana jedynie w sytuacji, gdy można spodziewać się, że dzięki niej uniknie się jeszcze większego zła<sup>25</sup>. By osiągnąć tak zakreślony cel, dolegliwość grożącej kary musi znacząco przewyższać spodziewaną korzyść wynikającą z przestępstwa, bowiem w procesie racjonalnej kalkulacji ryzyko ukarania jawi się przyszłemu sprawcy jako perspektywa bardziej niepewna aniżeli profity wynikające z naruszenia norm.

Główne zarzuty stawiane koncepcji Benthama sprowadzają się do braku wskazania etycznych granic w surowości karania. Wobec ich braku należałoby uznać, iż granicę taką wyznaczać będzie nie wina i społeczna szkodliwość czynu, a społeczna użyteczność, co sprowadzałoby osobę karaną do roli narzędzia w kształtowaniu społecznie akceptowanych postaw, to zaś staje w sprzeczności z założeniem przyrodzonej i niezbywalnej godności każdego człowieka. Kwestionowane jest również twierdzenie Benthama o pełnej racjonalności ludzkich zachowań. Filozof zakłada, że człowiek przed podjęciem każdej decyzji precyzyjnie analizuje jej skutki i wybiera spośród alternatywnych zachowań to, które będzie dla niego najkorzystniejsze. Tymczasem wiele przestępstw jest popełnianych w wyniku tzw. krótkiego spięcia, kiedy to sprawca w ogóle takich kalkulacji nie podejmuje<sup>26</sup>. Wspomniane twierdzenie o racjonalności nie jest ponadto aplikowalne do przestępstw nieumyślnych.

Alternatywę dla idei negatywnej prewencji generalnej stanowić może wyrażenie jej w ujęciu pozytywnym, wedle którego kara stanowi symbol społecznej dezaprobaty dla zachowań przestępczych, przez co umacnia i stabilizuje poczucie obowiązywania norm chroniących istotne w danym społeczeństwie wartości. W tej wersji prewencja generalna winna zakładać wymierzanie kar proporcjonalnych wyłącznie za zachowania zawinione. W innym bowiem wypadku system karny mógłby zostać odebrany przez obywateli jako niesprawiedliwy i jako taki być kontestowany, przez co malałoby ochronne i integrujące znaczenie norm składających się na ów system.

Zastrzeżenia jakie budzi powyższa koncepcja sprowadzają się do braku empirycznie weryfikowalnych podstaw twierdzenia, iż stosowanie sankcji karnych umacnia w sposób powszechny poczucie, że pewnych zachowań nie należy podejmować i że poczucie to nie wynika bezpośrednio ze strachu przed negatywnymi konsekwencjami. W literaturze podważa się także założenie próbujące rozwiązać problematyczną na gruncie prewencji generalnej negatywną kwestię dopuszczalności ukarania osoby, której nie można przypisać winy oraz możliwości wymierzenia kar nazbyt surowych. Jak wspomniano,

<sup>24</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawoznawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Warszawa 1958, s. 426.

<sup>25</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 423.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

zwolennicy pozytywnego ujęcia prewencji ogólnej wskazują, że system dopuszczający takie sytuacje nie byłby funkcjonalny w aspekcie integracji społecznej i afirmacji norm. Krytyczną odpowiedź na takie stanowisko sformułował Wolfgang Frisch twierdząc, że niewiele przemawia za tym by wierzyć, że obywatele są w ogóle zainteresowani kwestią normatywnych i doktrynalnych zasad odnoszących się do kwestii winy czy wymiaru kary, gdyby zaś nawet tak było, ciężko uznać, że mogłoby to efektywnie wpłynąć na ich skrupuły moralne<sup>27</sup>. Aktualna pozostaje również fundamentalna wobec teorii prewencyjnych wątpliwość, sformułowana jeszcze przez Kanta, odnosząca się do instrumentalnego traktowania sprawcy, stanowiącego w tym ujęciu swoisty pretekst do zobrazowania społeczeństwu standardów pożądanых zachowań i zgubnych skutków odchodzenia od nich.

Próbę zmierzenia się z powyższymi zarzutami wyraża propozycja zorientowania wymiaru kary na zapobieżenie powrotowi sprawcy do przestępstwa, stanowiąca podstawę teorii określanych jako indywidualnoprewencyjne. W tym ujęciu tak zakreślony cel może być osiągany przez dożywotnie bądź wieloletnie odizolowanie osoby ukaranej i tym samym uniemożliwienie lub choćby utrudnienie jej popełnienia kolejnego przestępstwa, albo też poprzez odstraszenie lub resocjalizację, skłaniające taką osobę do zaniechania dalszej działalności przestępczej.

Zwolennikiem prewencji szczególnej jako uzasadnienia kary był Franz von Liszt. W przeciwieństwie do Benthama, Liszt nie negował retribucji jako cechy definicyjnej kary. Uznał, że bez elementu odpłaty osiągnięcie celów prewencyjnych nie jest możliwe albo jest mało prawdopodobne<sup>28</sup>. Element ów Liszt umiejscowił nie na poziomie uzasadnienia kary, lecz samej jej istoty. Skuteczność prewencji szczególnej kryminolog uzależniał od reakcji właściwie przystającej do osobowości sprawcy. W tym celu zaproponował wprowadzenie typologii przestępców i odpowiadające jej sposoby karnoprawnej reakcji. Wobec sprawców niepoprawnych (z nawyknięcia, recydywistów oraz zawodowych) Liszt sugerował eliminację bądź unieszkodliwienie poprzez długotrwałą izolację. Sprawców dających rokowania na poprawę należało jego zdaniem resocjalizować, natomiast sprawców okolicznościowych – odstraszać<sup>29</sup>.

Wielką zasługą Liszta było zwrócenie uwagi na konieczność uwzględniania w procesie wymiaru kary osobowości sprawcy, jemu należy także zawdzięczać rozwój instytucji probacyjnych oraz instytucji odnoszących się do skazanego pozostającego na wolności<sup>30</sup>. Jak wskazuje się w literaturze, koncepcja Liszta miała stanowić próbę zrewidowania poglądów panujących w okresie dominacji szkoły klasycznej w myśleniu o polityce karnej, które to poglądy okazały się być zawodne w walce z ówczesną przestępczością<sup>31</sup>.

Słabości powyższej koncepcji, relatywizującej wymiar kary w oparciu o kryterium niebezpieczeństwa sprawcy, upatrywać należy w możliwości podejmowania w oparciu

<sup>27</sup> A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, Ius et Lex 2006, nr 1, s. 56–57.

<sup>28</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 71.

<sup>29</sup> J. Warylewski [w:] *Zagadnienia ogólne. System Prawa Karnego. Tom 1*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 78.

<sup>30</sup> A. Zoll, *Wina...*, s. 44.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

o nią rozstrzygnąć w powszechnym odczuciu niesprawiedliwych. Odwrócenie uwagi od rozmiaru społecznej szkodliwości przestępstwa i skupienie się jedynie na cechach osobowościowych osoby karanej może prowadzić zarówno do zbyt łagodnego potraktowania sprawcy ciężkiego przestępstwa, jak i zbyt surowego ukarania za drobną czyn.

### 2.1.3. Teorie mieszane

Zestawienie atutów i niedostatków zarysowanych wyżej teorii uzasadniających *ius puniendi* prowadzi do wniosku, że żadna z nich nie jest w stanie dostarczyć kompleksowej i zadowalającej odpowiedzi na wątpliwości związane ze stosowaniem dolegliwości wobec sprawców przestępstw. Obrazowo wątpliwości te w odniesieniu do teorii retributywnych, które jednakże można z powodzeniem odnieść także do uzasadnienia prewencyjnego kary, przytoczył Herbert Hart, przywołując, iż dla niektórych zdaje się być tajemniczą moralną alchemią fakt, iż suma dwóch zer w postaci moralnej niegodziwości oraz cierpienia zamieniana jest w dobro<sup>32</sup>.

Receptą na obiekcje formułowane wobec powyższych teorii stało się poszukiwanie uzasadnienia kary w sposób syntetyczny, uwzględniający postulaty zarówno retributywne, jak i utylitarne. Teorie mieszane, w zależności od rozłożenia akcentów, mogą mniej lub bardziej zbliżać się do któregoś z jednokierunkowo uzasadniających prawo karania nurtów. Zwolennicy teorii eklektycznych rezygnują ze stawiania przed wyborem „kara sprawiedliwa czy celowa?”, twierdzą bowiem, iż kara powinna spełniać oba te kryteria.

Polityka karna ostatnich dziesięcioleci pokazuje, iż skrajne podejścia w uzasadnianiu karania i oparte na nich strategie zwalczania przestępczości zawodzą. Zauważalne po II wojnie światowej, zwłaszcza w USA i krajach skandynawskich, zainteresowanie ideą resocjalizacji nie przyniosło spodziewanych efektów. Hasło „nothing works” zawarte w artykule Roberta Martinsona z 1974 roku stało się symbolem refleksji nad dysfunkcjonalnością dotychczasowych metod, w szczególności resocjalizacji<sup>33</sup>. Rozczarowanie karą zorientowaną na poprawę sprawcy, połączone z gwałtownym wzrostem przestępczości, spowodowało w latach 70. ubiegłego wieku kolejny rozdźwięk w postulatach co do przyszłych kierunków rozwoju polityki karnej. Z jednej strony optowano za działaniami opartymi na zasadzie nieinterwencji (*non intervention*), co sprowadzać się miało do ograniczania kryminalizacji oraz odwrotu (*diversion*) od tradycyjnych form wymierzania sprawiedliwości na rzecz pozasądowej probacji, upowszechniania postępowania pojednawczego oraz odszkodowania<sup>34</sup>. W skrajnym ujęciu zasada ta oznaczać miała całkowitą rezygnację ze stosowania kary pozbawienia wolności. Odmiennym kierunkiem reorientacji założeń polityki karnej był powrót do idei kary sprawiedliwej. W duchu tych poglądów w Stanach Zjednoczonych zdecydowanie zaostrożono represyjność poprzez ograniczanie

<sup>32</sup> H.L.A. Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Nowy Jork 2008, p. 234–235. W oryginale: „To some critics it appears to be a mysterious piece of moral alchemy in which the combination of the two evils of moral wickedness and suffering are transmuted into good”.

<sup>33</sup> R. Martinson, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, The Public Interest 1974, nr 10, p. 48 i nast.

<sup>34</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 35.

stosowania środków probacyjnych i warunkowych zwolnień<sup>35</sup>. Uznano, że wymiar kary powinien opierać się wyłącznie na sprawiedliwej odpłacie za czyn, nie zaś na prognozach resocjalizacyjnych. Raz wymierzona kara nie powinna następnie ulegać jakiegokolwiek modyfikacji w procesie jej wykonania. Takie założenia prezentował Andrew von Hirsch w swojej doktrynie *just desert punishment*<sup>36</sup>. Postulował on rezygnację z minimalnie i maksymalnie zakreślonego ustawowo zagrożenia karą na rzecz sztywno określonych kar za określone przestępstwa, co z powodzeniem wprowadzono w niektórych stanach. Do podobnych zmian modelu karania doszło w krajach skandynawskich. Punitivny zwrot zaowocował zjawiskiem masowego wzrostu populacji więziennej, zaś jego skutki w ograniczaniu poziomu przestępczości okazały się co najmniej wątpliwe<sup>37</sup>.

Krańcowe rozwiązania przyjmowane w Stanach Zjednoczonych oraz w krajach skandynawskich traktowane były w Europie kontynentalnej z właściwą rezerwą. Kierowano się raczej ku modelowi mieszanemu, który obok przyjęcia zawinionego czynu jako podstawy wymiaru kary akcentuje ideę socjalizacji i resocjalizacji sprawcy. Rozwiązania tego typu zawarto w polskim Kodeksie karnym, czego szczególnym wyrazem jest art. 53 dotyczący dyrektyw wymiaru kary. Ideę sprawiedliwej i proporcjonalnej odpłaty wyraża limitująca funkcja winy oraz konieczność uwzględnienia stopnia społecznej szkodliwości czynu. Wskazana w przepisie dyrektywa prewencji indywidualnej oraz generalnej, z wyłączeniem jednak jej aspektu negatywnego jako niedopuszczalnego w demokratycznym państwie prawa<sup>38</sup>, nawiązuje do perspektywnych założeń oddziaływania kary wypracowanych na gruncie założeń utylityrnych.

### 3. Sprawiedliwość naprawcza jako nowy kierunek rozwoju w prawie karnym

W obliczu niespełnionych oczekiwań jakie wiązano z kolejnymi koncepcjami racjonalizacji kary, w nauce pojawiły się stanowiska kontestujące tę formę reakcji na przestępstwo jako

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> A. von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Nowy Jork 1976, p. 143–149.

<sup>37</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 77 oraz wskazany tam artykuł K. Krajewskiego, *Czy więzienie jest skuteczne? Uwagi na marginesie amerykańskiej dyskusji na temat wpływu kary pozbawienia wolności na rozmiary przestępczości* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70-lecia urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007 s. 455–483.

<sup>38</sup> W literaturze i orzecznictwie w zasadzie zgodnie uznano, iż odstraszenie jako cel kary narusza konstytucyjną zasadę ochrony godności człowieka – zob. W. Wróbel [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 758–759. Autor, aprobując przywołane tezy komentatorów, wskazuje, że takie stanowisko znajduje potwierdzenie w przyjętej w art. 53 § 1 k.k. terminologii. W odróżnieniu bowiem do art. 50 k.k. z 1969 r. brak jest wzmianki o generalnie określonym „społecznym oddziaływaniu kary”, ustawodawca posługuje się natomiast odwołaniem do konieczności uwzględnienia przy wymiarze kary „potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”. Por. też wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 12 grudnia 2013 r., IV Ka 318/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/152010000002106\\_IV\\_Ka\\_000318\\_2013\\_Uz\\_2013-12-23\\_00](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/152010000002106_IV_Ka_000318_2013_Uz_2013-12-23_00), 25.11.2017, w którym to wyroku wykluczono możliwość powoływania się w procesie wymierzania kary na prewencję generalną negatywną, a także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 28 lutego 2014 r., III K 213/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/152010000001506\\_III\\_K\\_000213\\_2013\\_Uz\\_2014-02-28\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/152010000001506_III_K_000213_2013_Uz_2014-02-28_002), 25.11.2017, w którym na ten aspekt prewencji wprost powołano się w uzasadnieniu.



reakcję oczywistą i naturalną. Równolegle do postępującego w drugiej połowie XX wieku powrotu na tory idei sprawiedliwej odpłaty rozwijał się ruch abolicjonistyczny, postulujący poszukiwanie sprawiedliwości poza tradycyjnym systemem opartym na karaniu. Zwolennicy tej teorii sięgnęli w swych postulatach do etapu historii prawa karnego, na którym dominującym modelem rozwiązywania konfliktu wyrosłego z faktu popełnienia przestępstwa było rozwiązywanie go przez strony bezpośrednio w nim uczestniczące. Ów model oparty o kompensację dominował w Europie i na świecie aż do schyłku średniowiecza, kiedy to intensywny rozwój struktur państwowych spowodował stopniowe przejmowanie także i tego obszaru życia, jakim było przywracanie społecznej równowagi zaburzonej popełnieniem przestępstwa. W efekcie rolę rzeczywistej ofiary w całości przejęło państwo, które w wymierzaniu sprawiedliwości mogło skutecznie demonstrować swoją siłę i dominację nad obywatelami. Przemianom w tym zakresie towarzyszyła reinterpretacja pojęć związanych z przestępstwem<sup>39</sup>. Słowo *crimen*, desygnujące w prawie rzymskim skargę jednego obywatela przeciwko innemu, oznaczało odtąd przestępstwo, zbrodnię. Takie samo znaczenie zyskało greckie *pune*, oznaczające uprzednio kwotę pieniężną wypłacaną w związku z krzywdą. Angielskie *guilt*, wyrażające dziś winę, wywodzi się z anglo-saksońskiego *geldan*, które oznaczało niegdyś pieniądze, ale i wynagradzanie nimi krzywdy. W pełni upaństwowione prawo karne stawiało przed sobą inne cele niż zaspokojenie roszczeń ofiary. Kluczowe stało się utrzymanie porządku publicznego i zapobieżenie kolejnym przypadkom braku posłuchu wobec stanowionych norm.

Krytyczna refleksja nad tak ukształtowanym modelem wymierzania sprawiedliwości przyszła dopiero po kilku stuleciach. Przełomowym jej wyrazem było twierdzenie skandynawskiego kryminologa Nilsa Christie dotyczące kradzieży konfliktu, jakiej dokonało państwo wobec ofiary<sup>40</sup>. Autor wskazuje, że na tak ukształtowanym systemie stratny jest, po pierwsze, pokrzywdzony, który doznawszy w wyniku przestępstwa szkody lub krzywdy, traci następnie prawo do uczestnictwa i emocjonalnego zaangażowania się w jego własnej sprawie – w sprawie, w której zastępuje go dawno znużony prokurator. Pozbawiona okazji do bezpośredniego kontaktu ze sprawcą ofiara pozostaje na uboczu, wraz z niezaspokojoną potrzebą zrozumienia przyczyn zaszłego przestępstwa. Zdaniem kryminologa przegranym w takiej sytuacji jest także społeczeństwo, które traci okazję do objaśnienia obowiązujących norm poprzez dyskusję nad tym czemu odpowiada i co reprezentuje miejscowe prawo naruszone przestępstwem. Analizując pozycję sprawcy, autor wskazuje, że choć konfrontacja z ofiarą byłaby dla niego zapewne przykrym doświadczeniem, to dawałaby mu ona szansę na wyjaśnienie ofierze motywów swojego działania oraz przedyskutowanie tego co może zrobić by naprawić swój błąd. Pozbawiony tej możliwości sprawca traci szansę na uzyskanie przebaczenia. Świadomy tego, iż w praktyce większość sprawców stroni od bezpośredniego zetknięcia z ofiarą i lokalną społecznością, Christie zadaje pytanie, czy rzeczywiście chcemy im to ułatwić.

Zwrócenie uwagi na pozostającą w cieniu wymiaru sprawiedliwości postać ofiary, której udział w procesie sprowadza się zazwyczaj do epizodycznej roli źródła dowodowego,

<sup>39</sup> T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 97.

<sup>40</sup> N. Christie, *Conflicts as Property*, The British Journal of Criminology 1977, vol. 17, no. 1, p. 1–15.



stało się początkiem odwracania historycznej ewolucji i orientowania prawa karnego w większym stopniu na cele kompensacyjne. Nieefektywność systemu opartego na karze skłoniła także do refleksji nad samym sensem karania. Z krytyki nurtów punitarywnych narodził się współczesny abolicjonizm. Jedną z odmian tego nurtu jest tzw. sprawiedliwość naprawcza (*restorative justice*), której nowatorstwo sprowadza się do uznania, iż sprawiedliwość w prawie karnym nie wyczerpuje się w ukaraniu sprawcy, zaś przestępstwo przestaje być widziane przez pryzmat relacji sprawca – państwo. W tym ujęciu stanowi ono naruszenie właściwych społecznych relacji międzyludzkich, stwarzające konieczność ich przywrócenia w procesie, w który zaangażowany jest sprawca, ofiara oraz lokalna wspólnota.

Liczne opracowania koncepcji sprawiedliwości naprawczej nie przyczyniły się do wypracowania jednolitej, precyzyjnej i powszechnie akceptowanej definicji tego pojęcia. W kryminologii podkreśla się, że łatwiej określić sprawiedliwość naprawczą przez jej opozycje znaczeniowe<sup>41</sup>. Nie jest ona tym, co powszechnie rozumiane jest pod pojęciem sprawiedliwości karnej. Nie nakłada kary, nie przypisuje winy, nie zakłada wyrównania krzywdy poprzez wyrządzenie kolejnej w formie kary.

Pośród różnorodności istniejących określeń sprawiedliwości naprawczej najczęściej wskazuje się klasyczną definicję Tony'ego F. Marshalla: „Sprawiedliwość naprawcza to proces, w którym spotykają się wszystkie strony związane z konkretnym przestępstwem, by wspólnie rozstrzygnąć, jak zaradzić jego skutkom i ich następstwom na przyszłość”<sup>42</sup>. Z kolei M. Wright wskazuje, że celem sprawiedliwości naprawczej jest:

naprawienie krzywdy wyrządzonej czynem przestępnym, a w szczególności umożliwienie lub wymaganie, by sprawca (jeśli jest znany) podjął działania naprawcze, oraz umożliwienie ofierze (jeśli sobie tego życzy) uczestniczenia w dyskusji ze sprawcą na temat formy zadośćuczynienia. Społeczność lokalna powinna być włączona w realizację takiego procesu; (...) Chodzi tu o większe zrozumienie, naprawę relacji społecznych, rozpoczęcie od nowa<sup>43</sup>.

Zwolennicy nurtu sprawiedliwości naprawczej wskazują, że ujmowanie przestępstwa w kategorii powszechnie nieakceptowanego publicznego zła traci na znaczeniu w obliczu relatywizacji postaw moralnych we współczesnych społeczeństwach<sup>44</sup>. Ponadto sformalizowane procedury sądowe prowadzące do rozstrzygnięć opartych dziś w dużej mierze na rozbudowanej prawniczej argumentacji zdają się w znikomym stopniu uwzględniać zachodzące w tle przemiany społeczne. Spowodowane jest to faktem opierania owych rozstrzygnięć w coraz mniejszym stopniu na normach społecznych i zwyczajowo przyjmowanych zasadach, co powoduje często rozdzźwięk pomiędzy

<sup>41</sup> E. Bieńkowska, D. Wójcik [w:] *Zagadnienia ogólne. System Prawa Karnego. Tom 1*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 353, wraz z przywołaną wcześniej literaturą.

<sup>42</sup> T.F. Marshall, *The Evolution of restorative justice in Britain. Council of Europe, Strasbourg* 1996, p. 22, cyt. za E. Bieńkowska, D. Wójcik, *op.cit.*, s. 353.

<sup>43</sup> M. Wright, *Geneza i rozwój sprawiedliwości naprawczej* [w:] *Mediacja. Nietelni przestępcy i ich ofiary*, Warszawa 1999, s. 16.

<sup>44</sup> Zob. M. Królikowski, *Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, *Ius et Lex* 2006, nr 1, s. 118.

oczekiwanym satysfakcjonującym rozwiązaniem konfliktu a tym, co orzeczono na podstawie systemowych reguł prawnych<sup>45</sup>.

Proporcjonalnej odpłacie retrybutywnej, opartej o jej zależność do ciężaru przestępstwa, w procedurach sprawiedliwości naprawczej odpowiadać ma taka zależność odnosząca się do relacji między naturą i ciężarem wyrządzonej szkody a staraniami podjętymi w celu jej wyrównania, zaś ewentualna dolegliwość tych starań dla sprawcy może być wzięta pod uwagę jako czynnik prowadzący do zmniejszenia jego obowiązku<sup>46</sup>. W takim ujęciu nad wymierzeniem dolegliwości związanej z przestępstwem etycznie przeważa obowiązek wyrównania szkody<sup>47</sup>. Element komunikacyjny w postaci wyrażenia potępienia przestępstwa może być w tej koncepcji realizowany poprzez mechanizmy inne niż wymierzanie kar. W tym kontekście na znaczeniu zyskuje tzw. odpowiedzialność aktywna, wyrażająca się świadomym i dobrowolnym podjęciem działań zgodnych z panującymi regułami. Odpowiedzialność pasywna, polegająca na odgórnej przymusowej korekcie działań niezgodnych z prawem, schodzi na dalszy plan jako swego rodzaju ostateczność, na wczesnym etapie niecelowa w obliczu perspektyw na spontaniczną poprawę sprawcy, który zyskuje szansę na aktywny udział w stworzeniu konstruktywnej odpowiedzi na przestępstwo<sup>48</sup>.

Próba usytuowania koncepcji sprawiedliwości naprawczej w tradycyjnym modelu sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych wymaga uprzedniego określenia w jakim ujęciu – maksymalistycznym czy minimalistycznym<sup>49</sup> – koncepcja ta ma być realizowana. Zasadnym wydaje się wyróżnienie obok powyższych ujęć także ujęcia pośredniego.

Realizacja sprawiedliwości naprawczej w ujęciu maksymalistycznym, postulującym gruntowną przebudowę modelu reagowania na przestępczość i całkowitą rezygnację z wymierzania kar, prowadzi do wniosku, że koncepcja ta urasta do rangi nowego i wyłącznego zarazem paradygmatu prawa karnego, którego wdrożenie należałoby klasyfikować wedle terminologii Thomasa Kuhna<sup>50</sup> jako rewolucję naukową. Zdaniem Howarda Zehra, idea *restorative justice* stanowi dla polityki karnej przewrót otwierający nowe horyzonty i zalamujący zarazem dwa tradycyjne paradygmaty wymiaru sprawiedliwości – wyłącznie państwowego rozstrzygania prawnokarnych sporów uzasadnianego tym, iż każde przestępstwo jest przede wszystkim wystąpieniem przeciwko ustalonemu przez nie porządkowi prawnemu, oraz kary kryminalnej jako koniecznej i jedynej reakcji na przestępstwo<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 121.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 125.

<sup>47</sup> L. Walgrave, *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain* [w:] *Restorative Justice and Criminal Law: Competing or Reconcilable Paradigm*, red. A. von Hirsch, J.V. Roberst, A. Bottoms, Oxford 2003, p. 64, cyt. za M. Królikowski, *op.cit.*, s. 125.

<sup>48</sup> Zob. M. Królikowski, *op.cit.*, s. 127.

<sup>49</sup> Zob. T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 93.

<sup>50</sup> T.S. Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, tłum. H. Ostromęcka, Warszawa 1968, s. 12, 109. Autor wskazuje, że mianem paradygmatu określa powszechnie uznawane osiągnięcia naukowe, które w pewnym czasie dostarczają wspólnocie badaczy modelowych problemów i rozwiązań. Pojęciem rewolucji naukowych określa zaś takie epizody w rozwoju nauki, kiedy stary paradygmat zastępowany jest bądź częściowo, bądź w całości przez nowy, niedający się pogodzić z poprzednim.

<sup>51</sup> M. Płatek, *Teoria sprawiedliwości naprawczej* [w:] *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Płatek, M. Fajst, Warszawa 2005, s. 98.

Rewolucja tego rodzaju jest na tyle doniosła, że przy jej pełnej aplikacji, a więc przy pełnej rezygnacji z państwowego *ius puniendi* co do wszelkich przestępstw na rzecz reakcji zmierzających do oddolnego rozwiązywania konfliktu wynikłego z naruszenia norm, prowadzi do całkowitego zakwestionowania prawa karnego jako osobnej gałęzi prawa. W takim ujęciu kwestie związane dotychczas z przestępstwem przenoszą się raczej na grunt nauk socjologicznych niż *strictie* prawnych, zaś rolą prawa może być jedynie kształtowanie sformalizowanych ram procedur naprawczych. Sprawiedliwość karna w takim systemie przestaje być sprawiedliwością karzącą, staje się natomiast swego rodzaju sprawiedliwością negocjacyjną i polubowną. Aplikacja takich rozwiązań wymagałaby pełniejszej niż dotąd charakterystyki założeń sprawiedliwości naprawczej, te bowiem sprowadzają się obecnie jedynie do wskazania jej celów, w znikomym zaś stopniu określono metody ich osiągnięcia. Przede wszystkim jednak rewolucji naukowej o takim charakterze towarzyszyć musiałaby rewolucja o charakterze społecznym i światopoglądowym. Trudności jakie niosą ze sobą tak zarysowane warunki wstępne obrazuje pogląd wyrażony jeszcze przez Juliusza Makarewicza, który, nie wykluczając możliwości zastąpienia kary kryminalnej innymi metodami społeczno-politycznymi i społeczno-higienicznymi oderwanymi całkowicie od zemsty czy odwetu, przewrotnie konkludował, że „do tego dojdzie zapewne wtedy, kiedy zwycięży etyka Guyau i ludzie uznają za swoją wyłączną pobudkę nie egoizm (żądze zemsty), lecz miłość bliźniego, a więc wtedy, kiedy ludzie przestaną być ludźmi”<sup>52</sup>.

Idea *restorative justice* w ujęciu minimalistycznym, sprowadzającym się do postulatu uwzględniania kompensacyjnych interesów pokrzywdzonych w procesie karnym, dopuszcza możliwość kompromisu i współistnienia z dotychczasowym modelem sprawiedliwości karnej. W przedstawionej wyżej terminologii Thomasa Kuhna takie ujęcie nie mieści się jeszcze w kategorii paradygmatu, stanowi bowiem jedynie wyraz pewnej tendencji, realizowanej niejako na uboczu klasycznego paradygmatu prawa karnego. Przykładem aplikacji takiego ujęcia jest wpisanie do systemu prawnego instytucji ułatwiających pokrzywdzonemu dochodzenie roszczeń wynikających z przestępstwa już w toku procesu karnego (np. karnoprawny obowiązek naprawienia szkody, powództwo adhezyjne). Wpisanie sprawiedliwości naprawczej w ramy zastanego tradycyjnego paradygmatu stwarza możliwość nadania mu nowej, lepszej jakości poprzez jego uzupełnienie. Wydaje się, że współcześnie ujęcie to stanowi pewien minimalny i konieczny standard, o czym świadczy szereg aktów prawa międzynarodowego przewidujących zobowiązania w wyżej wskazanym zakresie.

Ujęcie pośrednie zakłada z kolei równoległe funkcjonowanie dwóch paradygmatów – klasycznego, opartego wciąż na wymierzaniu w reakcji na przestępstwo państwowych sankcji, oraz alternatywnego wobec niego paradygmatu sprawiedliwości naprawczej. Takie ujęcie wymaga rozgraniczenia obszaru funkcjonowania każdego z wyżej

<sup>52</sup> J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, red. A. Grześkowiak, Lublin 2009, s. 295–296. J.M. Guyau (1854–1888), francuski filozof, socjolog, psycholog i poeta; propagował etykę niezależną, wolną od wszelkich prawideł (tzw. anomia). Przyjmując, że ludzie są z natury dobrzy, a ich cele zbieżne ze sobą, twierdził, iż każde działanie zgodne z zasadą intensyfikacji życia jest szlachetne i służy rozwojowi społeczeństwa – za: [www.portalwiedzy.onet.pl/15019,,,guyau\\_jean\\_marie,haslo.html](http://www.portalwiedzy.onet.pl/15019,,,guyau_jean_marie,haslo.html), 25.11.2017.

wskazanych paradygmatów, a co za tym idzie – pociąga za sobą pewne rozwarstwienie w systemie prawnokarnej reakcji na przestępstwo. Pojawienie się nowego modelowego sposobu rozwiązywania karnoprawnych sporów można określić, posługując się konsekwentnie wskazanymi wyżej pojęciami, mianem rewolucji naukowej. Sprawiedliwość naprawcza wypiera bowiem w określonym przez ustawodawcę obszarze paradygmat klasyczny. W literaturze wskazuje się, że taki kompromis sprawiedliwości retributywnej i naprawczej jest możliwy<sup>53</sup>. Wymaga on jednak określenia kategorii przestępstw, w których restytucja wobec pokrzywdzonego oraz wygaszenie jego konfliktu ze sprawcą mogłyby stać się czynnikiem wpływającym na decyzję o sensowności karania. Ujęcie pośrednie pozwala na głębszą realizację zasady proporcjonalności i *ultima ratio* prawa karnego, zastrzegając tradycyjną represję karną dla tych spraw, w których sprawiedliwość naprawcza nie jest w stanie przywrócić ładu naruszonego przestępstwem<sup>54</sup>.

Niezależnie od powyższego, na podstawie ogólnego ujęcia koncepcji sprawiedliwości naprawczej można stwierdzić, że głównym jej celem jest dążenie w kierunku naprawy relacji społecznych zaburzonych przestępstwem poprzez aktywny udział stron konfliktu w procedurze naprawczej, opartej na wzajemnym dialogu. W jej wyniku sprawca powinien przyznać fakt popełnienia czynu, uświadomić sobie jego konsekwencje i wziąć na siebie odpowiedzialność za to co zrobił, podejmując się zadośćuczynienia satysfakcjonującego ofiarę. Stygmatyzację sprawcy ma zastąpić reintegrujące poczucie wstydu, zaś karę – dobrowolnie podjęte starania w celu wyrównania wyrządzonego zła. Społeczność lokalną traktuje się zarówno jako podmiot pokrzywdzony, jak i współwinny przestępstwa.

Kontrowersje jakie rysują się wobec idei *restorative justice* to przede wszystkim zarzut pod adresem koncepcji przestępstwa jako konfliktu w relacji wyłącznie pomiędzy sprawcą i ofiarą, podczas gdy każde przestępstwo ma swój szerszy, ogólnospołeczny wymiar<sup>55</sup>. Ponadto wskazuje się, że idea ta opiera się na nierealistycznej i wyidealizowanej wizji człowieka jako istoty z natury dobrej i skłonnej do samokrytycznej refleksji oraz dążenia do naprawienia negatywnych skutków swych zachowań. Sprawdzające się w rdzennych i w niewielkim stopniu upaństwowionych społecznościach procedury naprawcze mogą nie przystawać do zurbanizowanych społeczeństw zachodnich. Wątpliwości budzi także możliwość aplikacji idei *restorative justice* do tzw. przestępstw bez ofiar, bowiem jej kluczowym założeniem jest aktywny udział pokrzywdzonego w procedurze rozwiązywania konfliktu. Wobec ostatniego z zastrzeżeń wysuwa się

<sup>53</sup> Por. T. Kaczmarek, W. Zalewski, *op.cit.*, s. 128, 129; M. Królikowski, *op.cit.*, s. 127, 128; M. Płatek, *op.cit.*, s. 100; J. Wyrembak, *Idea sprawiedliwości naprawczej jako wyznacznik następstw kryminalizacji* [w:] *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Płatek, M. Fajst, Warszawa 2005, s. 127 i nast.; S. Szołucha, „*Sprawiedliwość restaurująca*” jako możliwy, alternatywny cel procesu karnego [w:] *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego z perspektywy dogmatyki oraz teorii i filozofii prawa*, red. J. Skorupka, I. Hayduk-Hawrylak, Warszawa 2011, s. 183–192.

<sup>54</sup> B.-D. Meier, *Sprawiedliwość naprawcza – zarys koncepcji* [w:] *Mediacja. Nietetni przestępcy i ich ofiary*, red. B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, Warszawa 1999, s. 47.

<sup>55</sup> F. Cieplý, *Sprawiedliwość naprawcza wobec przestępstwa* [w:] *Mediacja w teorii i praktyce*, red. A. Gretkowski, D. Kabar, Stalowa Wola 2009, s. 189–200.

propozycję zastąpienia roli ofiary przez społeczność lokalną jako niespecyficzną kategorię pokrzywdzonego<sup>56</sup>.

#### 4. Zakończenie

Zaprezentowany wyżej kompleksowy przegląd poglądów uzasadniających stosowanie sankcji karnej w zestawieniu z ideą sprawiedliwości naprawczej pozwala stwierdzić, że żaden z wyznaczonych tymi ideami paradygmatów w zakresie reakcji na przestępstwo nie jest w stanie dać stuprocentowo satysfakcjonujących efektów. Wydaje się więc zasadne, by w generalnym modelu reagowania na przestępczość uwzględniać obie te idee, tworząc model niejako hybrydowy, pozwalający uwzględnić zarówno konieczność retributywnej odpłaty za wyrządzone zło, zaspokojenie społecznej potrzeby karania oraz kształtowania przyszłych postaw samego sprawcy, jak i potrzebę dostrzeżenia roli i interesów pokrzywdzonego, dotkniętego przecież w sposób bezpośredni negatywnymi skutkami działań sprawcy. Nie można przy tym wykluczyć, że rozładowanie społecznego konfliktu pomiędzy sprawcą a ofiarą okaże się w pewnych przypadkach znacznie bardziej efektywne od tradycyjnie stosowanej sankcji.

\* \* \*

#### **The Idea of Restorative Justice in Competition to the State Law of Punishment – a Few Words about the Paradigms of Criminal Law**

The article presents an overview of rationalizing the use of criminal sanctions throughout history, considering their historical and philosophical foundations. Over the years, these theories met the goals set for them in practice with different degrees of effectiveness. The resulting disappointments have become the reason for seeking an alternative to traditionally understood punishment and the development of new concepts, including restorative justice. The work presents its main assumptions and possibilities of its application in contemporary legal systems.

**Key words:** punishment, justification of punishment, ius puniendi, restorative justice, criminal law paradigms

---

<sup>56</sup> L. Wilk, P. Zawijewski, *The Concept of Restorative Justice* [w:] *The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law as Illustrated by Polish Criminal Law*, red. T. Dukiet-Nagórska, Frankfurt nad Menem, Berlin, Brno, Bruksela, Nowy Jork, Oxford, Wiedeń 2014, p. 15–16.



**mgr Mateusz Godula<sup>1</sup>**

**Wybrane aspekty umów o kredyt  
denominowany lub indeksowany do waluty  
innej niż waluta polska w świetle wyroków  
Trybunału Sprawiedliwości UE oraz  
orzecznictwa sądów polskich**

**Streszczenie:**

Artykuł stanowi analizę wyselekcjonowanych aspektów umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych do waluty innej niż polska w kontekście wyłaniającym się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, a także polskich sądów. Badaniu podlega między innymi wpływ orzecznictwa wspomnianej unijnej instytucji sądowniczej na rozstrzygnięcia polskich organów, zwłaszcza w kontekście charakteru orzeczeń TSUE oraz obowiązku wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym. Poczynione rozważania skupiają się ponadto na kwestiach, którym judykatura przygląda się szczególnie wnikliwie i w tym też zakresie rozpatrywana jest trafność przyjmowanych ocen prawnych, ujawniająca trudności w rozumieniu podstawowych pojęć dla umów stanowiących przedmiot artykułu. Konkluzje, jakie wynikają z zaprezentowanych wywodów, pozwalają także na udzielenie negatywnej odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku tzw. umów frankowych (czyli umów o kredyt zawierających klauzule denominujące lub indeksujące sumę kredytową do kursu franka szwajcarskiego), dla przywrócenia stanu zgodnego z prawem, niezbędna jest interwencja legislacyjna prawodawcy.

**Słowa kluczowe:** umowa kredytowa, kredyt, banki, TSUE, zasada swobody umów

---

<sup>1</sup> Absolwent Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, aplikant aplikacji radcowskiej w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie.

## 1. Wstęp

W pierwszej dekadzie XXI w. kredyty denominowane<sup>2</sup> lub indeksowane<sup>3</sup> do waluty innej niż waluta polska (przedstawiane jako kredyty w walucie obcej)<sup>4</sup> były przedmiotem znacznego zainteresowania ze strony konsumentów, przede wszystkim ze względu na znacznie mniejsze koszty spłaty względem kredytu zaciągniętego bezpośrednio w walucie krajowej<sup>5</sup>. W umowach dotyczących tych kredytów pojawiały się tzw. klauzule indeksacyjne, niekiedy nazywane (błędnie<sup>6</sup>) waloryzacyjnymi, określające sposób

<sup>2</sup> W przypadku takiego kredytu kwota wnioskowana przez kredytobiorcę jest wyrażona w walucie obcej, a zostaje wypłacona w walucie krajowej według klauzuli umownej opartej na kursie kupna waluty obcej obowiązującym w dniu uruchomienia kredytu.

<sup>3</sup> Kredyt indeksowany do waluty obcej oparty jest na następującym mechanizmie: wnioskowana i później wypłacona kwota kredytu jest podana w walucie krajowej, ale zostaje przeliczona na walutę obcą na podstawie klauzuli umownej opartej na kursie kupna tej waluty obowiązującym w dniu uruchomienia kredytu.

<sup>4</sup> Punktem odniesienia dla omawianej na łamach niniejszego artykułu umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska będzie umowa kredytu uregulowana w art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1876).

<sup>5</sup> Zob. np. <https://zbp.pl/wydarzenia/archiwum/komentarze/2016/grudzien/dlaczego-kredyty-frankowe-byly-wypłacane-w-złotówkach>, 30.11.2017; Centrum im. Władysława Grabskiego, *Raport. Kredyty frankowe. Strony sporu i ich argumenty*, s. 15 i nast., <http://centrumgrabskiego.pl/wp-content/uploads/2013/10/Raport-Kredyty-frankowe-Strony-sporu-i-ich-argumenty.pdf>, 30.11.2017. Dokładniejsze dane w tym przedmiocie przedstawiają także m.in. K. Dawidko, M. Nuszkievicz, *Problematyka kredytów we frankach szwajcarskich*, Warszawa 2015, s. 6–9. Dobrze też ówczesną sytuację obrazuje następujące zdanie: „Kredytobiorcy zamiast zadłużać się w Polsce na ponad 6% rocznie plus marża banku, zaczęli pożyczać pieniądze od Szwajcarii, oprocentowane na zaledwie 0,25% plus marża banku” (P. Biedrzycki, *Kredyty we Franku Szwajcarskim – historia prawdziwa* <https://stefainwestorow.pl/artykuly/20160122/kredyty-we-franku-szwajcarskim-historia-prawdziwa>, 30.11.2017); zob. ponadto *Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami*, RAPORT RZECZNIKA FINANSOWEGO, s. 3–4, [https://rf.gov.pl/pdf/Raport\\_RF\\_Kredyty\\_walutowe.pdf](https://rf.gov.pl/pdf/Raport_RF_Kredyty_walutowe.pdf), 20.08.2018.

<sup>6</sup> Klauzule indeksacyjne (przeliczeniowe) nie mogą być nazywane klauzulami waloryzacyjnymi z tej przyczyny, iż waloryzacja może być dokonana tylko i wyłącznie innym niż pieniądź miernikiem wartości. Sens klauzul waloryzacyjnych opiera się na rudymenarnym elemencie: wskazują one, ile pieniędzy należy zapłacić, by zobowiązanie mogło być umorzone; zob. A. Rzetecka-Gil, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, 2011, LEX/el, komentarz do art. 358<sup>1</sup>, teza 8. Wprowadzając do umowy klauzulę waloryzacyjną strony oznaczają wysokość świadczenia w zobowiązaniu pieniężnym w sposób pośredni – poprzez wskazanie nie liczby jednostek pieniężnych (sumy nominalnej świadczenia), ale przez przedstawienie wartości, jaką ma mieć spełniane świadczenie za pomocą innego niż pieniądź miernika wartości. Oznacza to, iż dłużnik zobowiązany będzie do zapłaty sumy pieniędzy tożsamej, w momencie spełniania świadczenia, wartości określonego przedmiotu, usługi, grupy przedmiotów – tak P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis 2017, komentarz do art. 358<sup>1</sup> k.c., nb. 2; inaczej, nietrafnie T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 264. Bardzo dobrze *clou* tego zagadnienia wyjaśnił SO w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 r., III C 1073/14, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15450500000903\\_III\\_C\\_001073\\_2014\\_Uz\\_2016-08-25\\_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15450500000903_III_C_001073_2014_Uz_2016-08-25_001), 21.08.2018: „W wyniku zastosowania tego postanowienia umownego [klauzuli indeksacyjnej – M.G.] (i innych, skorelowanych z nim) kwota zadłużenia wyrażana jest w walucie obcej, i w tej walucie także rozliczane są spłacane przez kredytobiorcę raty. To wprowadza do umowy dodatkowe ryzyko kursowe, typowe

obliczania odsetek. Klauzule te polegają na tym, że bank wydaje kredytobiorcy określoną sumę kredytową w złotych, przy czym jej wysokość jest określana (indeksowana) według kursu danej waluty (np. euro) w dniu wydania (indeksowanie do waluty obcej po cenie kupna). Zdeterminowanie tejże wysokości następuje także w celu określenia wysokości rat kredytowych, do których kredytobiorca będzie zobowiązany w okresie trwania stosunku kredytowego. W dniu płatności konkretnych rat taka rata jest przeliczana zgodnie z umową na złote stosownie do kursu danej waluty, tj. po kursie jej sprzedaży kontrahentowi banku.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych w zakresie powyżej materii jest relatywnie skromne (zmiany w tym przedmiocie następują jednak dynamicznie) i zawarta w nim wykładnia pierwotnie miała raczej charakter probankowy<sup>7</sup>, jednakże zdaje się, iż nastąpiło pewne odwrócenie trendu. Istotnym zagadnieniem jest także znaczenie wykładni zgodnej z prawem unijnym, co niestety nie stanowi obszaru, w którym rodzime sądownictwo poruszałoby się szczególnie sprawnie. Dla prawidłowego zważenia argumentów dotyczących poruszonej w treści niniejszego artykułu problematyki konieczne będzie w pierwszej kolejności wyjaśnienie istoty wykładni zgodnej z prawem Unii Europejskiej, jak również odwołanie się do kwestii granic swobody umów, w szczególności gdy tylko jedna ze stron zobowiązania jest profesjonalistą zawierającym dany kontrakt w ramach działalności prowadzonej w sposób zawodowy.

---

dla umów kredytowych zawieranych w walucie obcej, jednocześnie pozwalając na naliczanie oprocentowania opartego o stopy procentowe właściwe dla tej waluty. Oba te elementy są przy tym ściśle ze sobą powiązane, jako że ekonomicznym absurdem byłoby zastosowanie do ustalania kosztu kapitału wyrażonego w złotych stóp procentowych właściwych dla waluty obcej. »Ceną« płaconą za możliwość skorzystania z korzystniejszych stóp procentowych ustalonych dla obcej waluty jest zatem przyjęcie na siebie ryzyka kursowego, właściwego dla kredytu udzielanego w walucie obcej. Klauzula indeksacyjna nie jest więc tożsama z klauzulą waloryzacyjną, o której mowa w art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c., inny jest bowiem cel jej wprowadzenia. Nie wprowadza ona bowiem mechanizmu mającego zapewnić zachowanie wartości świadczenia, jej celem nie jest ochrona kredytodawcy przed spadkiem wartości pieniądza, jak w przypadku dość powszechnie stosowanych w okresie hiperinflacji umów pożyczek przewidujących zwrot kwoty stanowiącej równowartość takiej samej ilości dolarów amerykańskich co w momencie jej udzielenia. Ma ona natomiast na celu obciążenie kredytobiorcy ryzykiem walutowym, co stanowi konieczny warunek udostępnienia mu kapitału w zamian za wynagrodzenie niższe, niż to które musiałby uiścić, gdyby zaciągnął kredyt w złotych».

Eksplicacja niniejszej kwestii jest zaś konieczna dla prawidłowej oceny chociażby przywoływanych niżej orzeczeń, w których dochodzi do nieprawidłowego utożsamiania klauzul waloryzacyjnych z klauzulami indeksacyjnymi, co także dowodzi braku odpowiedniego zrozumienia przez pewną część sądów rozpoznawanej tematyki.

<sup>7</sup> Zob. B. Miąskiewicz, A. Cudna-Wagner, *Kredyty we frankach: linia orzecznictwa w sprawach frankowych niekorzystna dla kredytobiorców*, Rzeczpospolita, <http://www.rp.pl/Opinie/305199976-Kredyty-we-frankach-linia-orzecznictwa-w-sprawach-frankowych-niekorzystna-dla-kredytobiorcow.html>, 30.11.2017 i przywołane tam orzecznictwo, w szczególności wskazywany w dalszej części niniejszego artykułu wyrok SN z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14, LEX nr 1663827 oraz wyrok SN z dnia 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015/11/132. Zob. ponadto np. wyroki SO w Warszawie: z dnia 18 kwietnia 2016 r., III C 275/15, M.Pr.Bank. 2016/10/3; z dnia 31 stycznia 2017 r. XXVII Ca 2313/16; wyrok SO w Poznaniu z dnia 8 listopada 2016 r., II Ca 525/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/153510000001003\\_II\\_Ca\\_000525\\_2016\\_Uz\\_2016-11-08\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/153510000001003_II_Ca_000525_2016_Uz_2016-11-08_002), 30.11.2017; wyrok SO w Łodzi z dnia 16 lutego 2017 r., III Ca 1588/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/152510000001503\\_III\\_Ca\\_001588\\_2016\\_Uz\\_2017-02-16\\_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001588_2016_Uz_2017-02-16_001), 30.11.2017.

## 2. Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym

Obowiązek wykładni prounijnej<sup>8</sup> nie został *expressis verbis* ustanowiony w prawie unijnym czy wcześniej wspólnotowym. Został on „ukuty” przez Trybunał Sprawiedliwości w oparciu o trzy naczelne zasady wykrystalizowane w jego orzecznictwie: zasady pierwszeństwa prawa unijnego wobec prawa krajowego, zasady efektywności prawa wspólnotowego oraz lojalności państw członkowskich wobec wspólnoty<sup>9</sup>. Za kluczowe należy tutaj uznać trzy judykaty:<sup>10</sup> wyrok w sprawie *von Colson*<sup>11</sup>, wyrok w sprawie *Marleasing*<sup>12</sup> oraz wyrok w sprawie *Adeneler*<sup>13</sup>. W sprawie *von Colson* Trybunał utożsamiał obowiązek wykładni prounijnej z wyborem środka w granicach uznania dozwolonego przez prawo krajowe<sup>14</sup>, rozwijając wówczas przyjęte zapatrywanie w orzeczeniu w sprawie *Marleasing*<sup>15</sup>, akcentując zasięg tejże wykładni „tak daleko, jak to jest możliwe” dla wypełnienia celu dyrektyw i taka też powinna być przeprowadzana przez sąd krajowy wykładnia prawa krajowego. Doprecyzowanie zajętego stanowiska przez Trybunał nastąpiło w wyroku w sprawie *Adeneler*, gdzie stwierdził on:

Zasada zgodnej wykładni wymaga jednakże, by sądy krajowe czyniły wszystko co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami” ponieważ „Wymóg zgodnej wykładni prawa krajowego jest bowiem nieodłączną cechą systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzyganiu wniesionych przed nie sporów.

<sup>8</sup> Nim wszedł w życie traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 13 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. UE C 2007, nr 306, poz. 1), posługiwano się terminem „wykładnia prowsłnotowa”.

<sup>9</sup> Por. C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej* [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 124; M. Koszowski, *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, *Studia Prawa Prywatnego* 2012, z. 2 (25), s. 60–62; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 199, 201–202; W. Postulski, *Sądy państw członkowskich jako sądy wspólnotowe* [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 436; K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 240.

<sup>10</sup> Tak słusznie W. Rowiński, *Nakaz dokonywania wykładni prounijnej jako dyrektywa wykładni systemowej*, *RPEiS* 2016, nr 1, s. 100–101.

<sup>11</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 1984 r., 14/83 *Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein Westfalen*, [https://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-ARRET-C-0014-1983-200407000-05\\_02.html](https://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-ARRET-C-0014-1983-200407000-05_02.html), 30.11.2017.

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 1990 r. C-106/89, *Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA.*, ECLI:EU:C:1990:395.

<sup>13</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 – *Konstantinos Adeneler inni v. Ellinikos Organismos Galaktos* (ELOG), ECR 2006/7A/I-06057, t. 111.

<sup>14</sup> Myśl ta została ujęta w sposób następujący: „do sądu krajowego należy, na ile to jest możliwe w ramach swobodnej oceny, przyznanej mu przez prawo krajowe, dokonanie takiej wykładni i takie stosowanie przepisów wydanych w celu wykonania dyrektywy, które będą zgodne z wymogami prawa wspólnotowego”.

<sup>15</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 1990 r. C-106/89, *Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA.*, ECLI:EU:C:1990:395.

Rozumowanie Trybunału cechuje założenie, iż nie ma znaczenia przebieg wykładni prounijnej prawa krajowego, lecz jej rezultat<sup>16</sup>.

### 3. Przedkontraktowy obowiązek informacyjny a swoboda zawierania umów

Przedmiotem analizy będzie w pierwszej kolejności zagadnienie dopełnienia przez bank informacyjnego obowiązku przedkontraktowego i konsekwencji uchybień w tej materii. Po raz pierwszy w tej materii TSUE wypowiedział się w wyroku w sprawie *Kásler*<sup>17</sup>. Zajęte tam stanowisko sprowadzało się do zaakcentowania przez Trybunał konieczności rozstrzygnięcia następującego problemu: czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym form zachęty stosowanych przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy i dostarczonych na tym etapie informacji, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o istnieniu różnicy, ogólnie obserwowanej na rynku papierów wartościowych, między kursem sprzedaży a kursem kupna waluty obcej, ale również oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne, jakie niosło dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu. Twierdząca odpowiedź na postawione przez TSUE pytanie równałaby się spełnieniu przez bank przedkontraktowego obowiązku informacyjnego. Argumentacja ta została rozbudowana w wyroku w sprawie *Andriciuc*<sup>18</sup>, gdzie Trybunał wskazał, iż:

wymóg, aby warunek umowny był wyrażony prostym i zrozumiałym językiem, należy rozumieć w ten sposób, iż powinien być on rozumiany jako nakazujący także, by umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek, a także, w zależności od przypadku, związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach, tak by konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne.

Nie uszło także uwadze Trybunału, iż kredytobiorca musi zostać jasno poinformowany, że podpisując umowę kredytu denominowaną w obcej walucie ponosi pewne ryzyko kursowe, które z ekonomicznego punktu widzenia może okazać się dla niego trudne do udźwignięcia w przypadku dewaluacji waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie. Co więcej, to na przedsiębiorcy (którym w przypadku umów o kredyt denominowany lub indeksowany w walucie obcej jest bank) spoczywa ciężar przedstawienia ewentualnych wahań kursów wymiany i ryzyko wiążące się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej, zwłaszcza w przypadku, gdy konsument będący kredytobiorcą nie

<sup>16</sup> Zob. W. Rowiński, *op.cit.* Szerzej o wykładni prounijnej zob. także A. Sołtys, *Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.

<sup>17</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, *Árpád Kásler i Hajnalka Káslerne Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, LEX nr 1455098.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 20 września 2017 r., C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc i in. v. Banca Românească SA.*, MoP 2017 nr 21, s. 1127.



uzyskuje dochodów w tej walucie. Zapatrywanie Trybunału należy uznać za prawidłowe, tym bardziej, że pomimo faktu, iż ranga dochowania obowiązków informacyjnych przez profesjonalistę wchodzącego w kontraktowe relacje z konsumentem została dostrzeżona przez przedstawicieli polskiej nauki prawa, zdaje się jednak, iż nie został w literaturze położony należyty akcent na konsekwencje zaniechań przedsiębiorcy w tym obszarze<sup>19</sup>. Także judykatura nie poświęciła wskazanemu zagadnieniu odpowiedniej uwagi – niewiele jest orzeczeń, w których ten aspekt stosunków zobowiązaniowych był w ogóle rozpatrywany<sup>20</sup>, a już żadne nie zapadło w sprawie, gdzie oś sporu stanowiła umowa o kredyt denominowany lub indeksowany.

Doniosłość powyższego stanowiska rysuje się jeszcze wyraźniej, gdy zestawimy je z argumentami, jakie niekiedy zdają się przeważać w rozstrzygnięciach sądów powszechnych. I tak, w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 23 listopada 2015 roku<sup>21</sup> przytoczona została treść umowy w zakresie informacji o ryzyku, z jakim wiąże się zaciągnięcie kredytu indeksowanego w relacji do waluty obcej o następującym brzmieniu:

Kredytobiorca oświadcza, iż znane mu jest ryzyko wynikające ze zmiany kursu waluty obcej w stosunku do złotych polskich w przypadku, gdy umowa kredytu dotyczy kredytu udzielonego w walucie obcej, w której wyrażona jest kwota kredytu. O istnieniu tego ryzyka został poinformowany w trakcie procedury udzielania kredytu przez pracownika lub przedstawiciela Banku. W przypadku wzrostu kursu waluty kredytu w stosunku do złotych polskich nastąpi odpowiedni wzrost jego zadłużenia wobec Banku z tytułu zaciągniętego kredytu, co może spowodować, że ustanowione prawne zabezpieczenie stanie się niewystarczające, a zdolność kredytobiorcy do obsługi zadłużenia ulegnie pogorszeniu.

Rozdźwięk pomiędzy wykładnią przyjętą przez Sąd Apelacyjny a tą zastosowaną przez TSUE jest więc wyraźny. Nie sposób przy tym przyznać racji temu pierwszemu, a to ze względu na treść art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13<sup>22</sup>, z której to wywiedziony został przez Trybunał nakaz takiego sformułowania postanowień umownych, aby kredytobiorca w momencie związywania się umową miał możliwość oszacowania całkowitego kosztu kredytu jaki przyjdzie mu spłacić. Przeciętny konsument-kredytobiorca jest świadomy ryzyka walutowego, jednakże nie sposób od niego wymagać dokonania oceny skali ewentualnych wahań kursu – rzeczony obowiązek ciąży na profesjonalnym kredytodawcy, który przecież sam proponował klauzulę o takiej treści, o czym zresztą

<sup>19</sup> Por. K. Osajda [w:] *Tom III A. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, Legalis 2017, komentarz do art. 353<sup>1</sup> k.c., teza 62 i nast.

<sup>20</sup> W wyroku z dnia 9 listopada 2012 r., IV CSK 284/12, Biul.SN 2013/2/14, dotyczącym bankowej umowy o wystawienie opcji walutowej, podniesiony został problem naruszenia tzw. obowiązków ogólnych banku, które niekoniecznie muszą wynikać z umowy z bankiem (np. obowiązek lojalności, informacji), jednakże na kanwie tejże sprawy SN nie dopatrywał się takiego uchybienia obowiązkowi kontraktowym, któremu można by przypisać skutek w postaci nieważności całej umowy. Nie wykluczono przy tym możliwości zaistnienia takiego następstwa, lecz odmówiono przypisania mu „automatycznej” sankcji nieważności.

<sup>21</sup> I ACa 1024/15, M.Pr.Bank. 2016/12/12–24.

<sup>22</sup> Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.Urz.U.E.L z 1993 r. Nr 95, s. 29.

była mowa uprzednio<sup>23</sup>. Pogląd Trybunału można uzupełnić o wzmiankę, iż w takim też tonie należałoby interpretować ujęty w art. 355 § 2 k.c. wymóg zachowania przez bank staranności wynikającej z zawodowo prowadzonej działalności.

Chociaż brak podobnych wypowiedzi SN w sprawach bezpośrednio dotyczących umów kredytowych z klauzulą indeksacyjną, to samo zagadnienie jasnego i przejrzystego formułowania klauzul w umowach kredytowych nie jest dla niego obce, gdyż już w postanowieniu z dnia 21 grudnia 2011 roku<sup>24</sup> wywiódł on, iż zastrzeżenie w umowach kredytowych zmiennego oprocentowania kredytu nie stanowi niedozwolonej klauzuli wzorca umownego w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> k.c., niemniej sposób określenia przez bank warunków „zmiany procentowej kredytu” podlega ocenie z punktu widzenia konsumenta i w tym zakresie banki powinny zachować szczególną staranność w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla kontrahenta określenia tych warunków<sup>25</sup>. Stąd też konkluzja jaka wypływa z orzeczenia w sprawie *Kásler* oraz *Andriciuc* nie wydaje się zbyt daleko idąca. Trybunał dekodując normę art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 nie zawahał się i podążył za *ratio legis* tego uregulowania. Jeśli możliwe jest badanie przejrzystości i zrozumiałości klauzul w umowie o kredyt już po jej zawarciu, to przepisy dyrektywy 93/13 (przede wszystkim wspomniany już art. 4 ust. 2) należy czytać tak, by konsekwencje uchybień przy prawidłowym poinformowaniu konsumenta o ryzyku, jakie wiąże się ze skorzystaniem z produktu kredytowego, odnosiły się także do etapu przedkontraktowego.

Pomimo że dotychczas problematyka dopełnienia przedkontraktowego obowiązku informacyjnego nie była w szerszym zakresie rozpatrywana w piśmiennictwie ani w orzecznictwie, to na gruncie zasad współżycia społecznego, tworzących jedną z barier limitujących swobodę kontraktową stron z art. 353<sup>1</sup> k.c., znaleźć można judykaty o treści przystającej do omawianej problematyki umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych do waluty innej niż polska. W tym kierunku poszedł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 października 2017 roku<sup>26</sup>, eksplikując swoje stanowisko w tenże sposób:

<sup>23</sup> Wyjątkową wymowę zyskuje w takim ujęciu następujące zdanie: „Skoro instytucja finansowa przyznaje, że »historyczne dane/parametry dotyczące opisywanego portfela nie odzwierciedlają w sposób wystarczający ryzyka kredytowego związanego z CHF«, to w jaki sposób ryzyko takie mógł prawidłowo ocenić i zważyć zwykły obywatel ubiegający się o kredyt?» – tak K. Rogala, *Klienci banków pozbawieni wyboru*, Rzeczpospolita z 1 marca 2017 roku, <http://www.rp.pl/Opinie/303019980-Krzysztof-Rogala-o-kredytach-frankowych-Klienci-bankow-pozbawieni-wyboru.html>, 26.11.2017; autor ten cytuje w swoim artykule fragmenty raportu kwartalnego ING Banku Śląskiego z dnia 2 lutego 2017 r., dotyczącego IV kwartału 2016 r.

<sup>24</sup> I CSK 310/11, LEX nr 1108504.

<sup>25</sup> Podobnie SN (rozpoznając skargę kasacyjną w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone) w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., I CSK 46/11, LEX nr 1102253, zwrócił uwagę na konieczność precyzyjnego formułowania klauzuli zmiennego oprocentowania, akcentując, iż powinna dołącznie wskazywać czynniki (okoliczności faktyczne) usprawiedliwiające zmianę oprocentowania oraz relację między zmianą tych czynników a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu, określając precyzyjnie wpływ zmiany wskazanych okoliczności na zmianę stopy procentowej „a więc kierunek, skalę, proporcję tych zmian”.

<sup>26</sup> [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000007203\\_XXIV\\_C\\_001094\\_2014\\_Uz\\_2017-11-14\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000007203_XXIV_C_001094_2014_Uz_2017-11-14_001), 29.11.2017. Por. także wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2014 r., I ACa 579/14, LEX nr 1649330 oraz z dnia 7 maja 2015 r., I ACa 1262/14, LEX nr 1953151.

pozwana nie wywiązała się należycie z obowiązków udzielenia rzetelnej informacji w zakresie kosztów kredytu, co skutkowało powzięciem przez powodów niekorzystnej decyzji o zaciągnięciu kredytu indeksowanego związanego ze znacznym ryzykiem walutowym. Sposób zawarcia przedmiotowej umowy powoduje, że jest ona sprzeczna z zasadami współżycia społecznego tj. zasadą uczciwości, lojalności<sup>27</sup> oraz zasadą równości stron.

Sąd Apelacyjny, chociaż nie nawiązał do wyroku w sprawie *Andriciuc*, to jednak oczywistym jest, że ostatecznie oparł swe orzeczenie o elementy analogiczne do tych, które kierowały TSUE.

Przywołane wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE sprawie *Kásler* oraz *Andriciuc* w swej istocie stanowią zatem, że elementem obowiązującego prawa jest przedkontraktowy obowiązek informacyjny. Zilustrowane zaś orzecznictwo sądów powszechnych, statuujące rzeczony obowiązek jako element podlegający badaniu w zakresie zgodności z zasadami współżycia społecznego, potwierdza ten pogląd, co nieuchronnie prowadzi do konstatacji, iż niedopełnienie obowiązków informacyjnych przez kredytodawcę wypełnia dyspozycję normy z art. 58 § 2 k.c., czyniąc całą umowę nieważną.

#### 4. Abuzywność klauzul indeksacyjnych

Jednym z pierwszych elementów, jakie podlegały dokładniejszemu badaniu na kanwie umów, była obecność w nich klauzul niedozwolonych. Dowodem tego są przede wszystkim zapadłe w przedmiocie stwierdzenia abuzywności trybie tzw. kontroli abstrakcyjnej orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wydane w czasie poprzedzającym większość judykatów w sprawach indywidualnych. Wymieniając elementy stanowiące o abuzywności poszczególnych postanowień wskazywano na:

- dowolność w zakresie wyboru przez kredytodawcę kryteriów ustalania kursu CHF w jego tabelach kursowych<sup>28</sup>,
- nieprecyzyjność, niejednoznaczność zasad ustalania kursów walut obcych, brak dostatecznego poinformowania konsumenta o wysokości kursu waluty<sup>29</sup>,
- arbitralność ustalania przez kredytodawcę (przedsiębiorcę) kursu kupna i sprzedaży waluty obcej, brak jakiegokolwiek wpływu konsumenta na rzeczoną materię<sup>30</sup>.

Warto odnotować, że problematyka jednostronnego kształtowania przez bank relacji zobowiązaniowej stanęła przed judykaturą znacznie wcześniej aniżeli pojawiły się spory na tle umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych do waluty innej niż waluta polska. Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1992 r.<sup>31</sup>, w której stwierdzono, że sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jest

<sup>27</sup> Na zasadę lojalności kontraktowej jako jedną z wartości podlegających ocenie podczas determinowania zgodności czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego zwraca uwagę M. Gutowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz Art. 1–449*<sup>11</sup>, red. M. Gutowski, t. I, Warszawa 2016, Legalis 2017, komentarz do art. 353<sup>1</sup> k.c., nb. 51.

<sup>28</sup> Wyrok SOKiK z dnia 27 grudnia 2010 r., XVII AmC 1531/09, MSiG 2014/175/12313.

<sup>29</sup> Wyrok SOKiK z dnia 3 sierpnia 2012 r., XVII AmC 5344/11, MSiG 2014/135/9527.

<sup>30</sup> Wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r., XVII AmC 426/09, MSiG 2012/134/9545.

<sup>31</sup> III CZP 141/91, OSNC 1992/6/90.

postanowienie regulaminu bankowego pozwalające bankowi na zmianę w czasie trwania umowy wysokości stopy oprocentowania bez wypowiedzenia umowy. W przedmiotowym orzeczeniu zostało poczynione odwołanie do innej uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 1991 r.<sup>32</sup> z następującą tezą: „Umieszczenie w regulaminie bankowym, dotyczącym warunków prowadzenia rachunku bankowego, postanowień uprawniających bank do jednostronnej zmiany treści tego regulaminu, a tym samym warunków umów rachunku bankowego – nie jest prawnie skuteczne”. SN prawidłowo bowiem dopatrzył się związku pomiędzy rozpatrywaną w obu przypadkach materią, uzasadniającego (pomimo rozbieżności przedmiotowej dostrzeganej na pierwszy rzut oka) wykorzystanie jej wniosków do deliberacji nad umowami kredytowymi. Wnioski te sformułować można w sposób następujący: niedopuszczalnym (sprzecznym z zasadami współżycia społecznego) jest ukształtowanie stosunku obligacyjnego, które pozwala jednej ze stron na modyfikację treści tego stosunku w sposób i w wymiarze niemożliwym do przewidzenia przez drugą stronę, a wpływający na zobowiązania spoczywające na tejże drugiej stronie<sup>33</sup>.

## 5. Konsekwencje uznania klauzuli indeksacyjnej za nieobowiązującą lub nieważną

Norma zawarta w art. 385<sup>1</sup> § 1 i 2 k.c., mówi, że skutek przewidziany w tym przepisie następuje *ex lege*<sup>34</sup> i nie jest rolą sądu jego mitygowanie, czemu dał wyraz Sąd Okręgowy w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 lutego 2012 roku<sup>35</sup>, konstatując:

Okoliczność, że wobec zamieszczenia w umowie klauzuli abuzywnej powstaną skutki odmienne od zamierzonych przez strony, nie zwalnia sądu z obowiązku zastosowania bezwzględnie wiążącego przepisu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i stwierdzenia tejże abuzywności. Jeżeli nawet ekonomicznym skutkiem wyroku będzie uzyskanie przez powodów kredytu na warunkach korzystniejszych od występujących na rynku, to skutek ten będzie spowodowany li tylko zamieszczeniem w umowie przez pozwany bank klauzuli sprzecznej z prawem.

Jak zostanie jednak niżej wywiedzione, należy się zastanowić, czy usunięcie klauzul indeksacyjnych nie powinno być rozpatrywane pod kątem dalej idącej sankcji. Niezależnie od finalnych spostrzeżeń w tej materii, wypada się wcześniej pochylić nad zasygnalizowanym już na wstępie problemem nieuwzględniania przez Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wykładni prounijnej, niekorespondującym także z omówionymi w niniejszym akapicie następstwami stwierdzenia niedozwolonego charakteru postanowienia umownego.

Za sztandarowy przykład orzecznictwa SN sprzecznego z wykładnią prounijną może służyć wyrok z dnia 19 marca 2015 roku<sup>36</sup>, gdzie stwierdzono następującą rzecz: „Zauważyć

<sup>32</sup> III CZP 15/91, OSNC 1992/1/1.

<sup>33</sup> Zob. także wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99, LEX nr 54492.

<sup>34</sup> Por. K. Zagrobelny [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis 2017, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c., nb. 11 i 12.

<sup>35</sup> III CA 1207/11, M.Pr.Bank. 2012/10/13–24.

<sup>36</sup> IV CSK 362/14, LEX nr 1663827.

jednak należy, że częściowa spłata kredytu odbyła się według konkretnych zasad. Powodowie dokonali spłaty przy zastosowaniu określonego sposobu przeliczeń. Nawet jeżeli był on niejasny według treści zaskarżonych postanowień umownych, to z chwilą dokonania spłaty został skonkretyzowany. W rezultacie niedozwolony (abuzywny) charakter tych postanowień został wyeliminowany”. Tymczasem według TSUE art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta, a przez to sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonoego warunku<sup>37</sup>. Mamy tu więc do czynienia z zapatrywaniem jednoznacznie wykluczającym możliwość jakiegokolwiek sanowania klauzul niedozwolonych, nie mówiąc już „uzdrawianiu” postanowień abuzywnych w drodze czynności faktycznych<sup>38</sup>.

Kontrowersyjna jest wzajemna relacja art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. do art. 58 § 3 k.c. w sytuacji, gdy dane postanowienie umowne zostanie już uznane za abuzywne. Nie przekonuje stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 lutego 2013 roku<sup>39</sup>, który skonstatował, iż wzajemna relacja pomiędzy art. 58 § 3 k.c., a art. 385<sup>1</sup> § 2 k.c. sprawia, że ten drugi, jako przepis późniejszy oraz szczególny w stosunku do art. 58 § 3 k.c., eliminuje jego zastosowanie i ewentualne wyłączenie z umowy postanowień uznanych za niedozwolone (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.) nie powodując nieważności całej umowy, nawet wtedy, gdy bez tych postanowień umowa nie zostałaby zawarta. Nie został bowiem poczyniony przez SN żaden pogłębiony wywód w tej materii, a przytoczone powyżej argumenty są niewystarczające dla tak kategorycznie sformułowanej tezy. Wszakże już w piśmiennictwie<sup>40</sup> dawno zwracano uwagę na wypracowaną w niemieckiej doktrynie tezę o „podwójnym skutku” w prawie. Wedle rzeczonoj tezy, względy słuszności mogą przemawiać za możliwością uruchomienia innej niż nieważność bezwzględna sankcji także w sytuacji, gdy czynność jest niezgodna z ustawą. Z tego też powodu można by pokusić się o wyartykułowanie stwierdzenia, że to właśnie względy słuszności powinny w przypadku czynności prawnych dokonywanych z konsumentami

<sup>37</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15, *Naranjo i inni*, ECLI:EU:C:2016:980.

<sup>38</sup> Pogłębione uzasadnienie w tej kwestii przedstawił TSUE w wyroku z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10 *Banco Espanol de Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camino*, ECLI:EU:C:2012:349. Wyjaśnił on, że „gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów (...), ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować interes rzeczonych przedsiębiorców”.

<sup>39</sup> I CSK 408/12, OSNC 2013/11/127; aprobatą dla tego zapatrywania została wyrażona m.in. w wyroku SA w Lublinie z dnia 28 maja 2014 r., I ACa 86/14, LEX nr 1474562, a także w wyroku SA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2017 r., I ACa 606/17, [http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/content/chf/150500000000503\\_I\\_ACa\\_000606\\_2017\\_Uz\\_2017-12-20\\_002](http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/content/chf/150500000000503_I_ACa_000606_2017_Uz_2017-12-20_002).

<sup>40</sup> Zob. A. Ohanowicz, *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 207 i nast.



decydować, czy sankcja nieważności wywodzona z art. 58 § 3 k.c. winna znaleźć zastosowanie. Chodzi bowiem o to, aby uniknąć sytuacji, w której po wyeliminowaniu z treści umowy w oparciu o art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. klauzuli niedozwolonej, nie doszło do unicestwienia całej relacji kontraktowej, co mogłoby prowadzić chociażby do konieczności spłaty przez konsumenta całego kredytu przed zakładanym terminem, zgodnie z przepisami o świadczeniu nienależnym. Jednakowoż tak orzecznictwo TSUE<sup>41</sup>, jak i nauka prawa cywilnego zaznacza<sup>42</sup>, że ocenie podlega obiektywna możliwość utrzymania umowy po wyłączeniu z niej abuzywnego postanowienia, bez przydawania położeniu którejkolwiek ze stron charakteru decydującego kryterium. Co prawda TSUE w wyroku *Pereničová i Perenič* (pkt 35) oraz *Jörös* (pkt 47) dopuścił uznanie za nieważną całą umowę zawartą pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem zawierającej jeden lub więcej nieuczciwych warunków, jeżeli takie rozwiązanie zapewnia lepszą ochronę konsumenta, jednocześnie zaś podkreślił, iż:

art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 powinien być interpretowany w ten sposób, że sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter warunku umownego, ma obowiązek, po pierwsze, wyciągnięcia wszystkich konsekwencji wynikających na podstawie prawa krajowego z takiego stwierdzenia bez oczekiwania na wniosek konsumenta w tym zakresie w celu zapewnienia, iż konsument nie będzie związany takim warunkiem, oraz po drugie, oceny co do zasady na podstawie obiektywnych kryteriów, czy dana umowa może dalej istnieć bez takiego warunku<sup>43</sup>.

Opierając się na poglądzie Sądu Najwyższego zaprezentowanym w wyroku z dnia 22 stycznia 2016 roku<sup>44</sup> można próbować by argumentować, że skoro polski ustawodawca przewidział na tę okoliczność art. 385<sup>1</sup> k.c., zawierający odrębne uregulowanie następstw abuzywności postanowienia umownego, to upadek całej umowy nie byłby więc możliwy nawet wtedy, gdy z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością nie zostałaby ona zawarta<sup>45</sup>. SN uznał, że umowa kredytu zawierająca klauzulę indeksacyjną, po zdeterminowaniu nieważności takiej klauzuli, winna być traktowana jak „zwyczajna” umowa kredytowa, jako że klauzulę indeksacyjną zaliczyć należy do podmiotowo istotnych elementów umowy (*accidentalia negotii*) i brak

<sup>41</sup> Tak m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 roku, C-453/10, *Pereničová i Perenič v. SOS financ, spol. s r. o.*, LEX nr 1122804; wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2013 roku, C-397/11, *Erika Jörös v. Aegon Magyarországi Hitel Zrt.*, ZOT-SiS 2013/5-/I-.

<sup>42</sup> Por. P. Miślaszewicz [w:] *Tom III A. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, Legalis 2017, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c., teza 40; K. Zagrobelny, *op.cit.*, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c., nb. 11.

<sup>43</sup> C-453/10, *Pereničová i Perenič*.

<sup>44</sup> I CSK 1049/14, Biul.SN 2016/5/12.

<sup>45</sup> Nie jest to co prawda stanowisko jednolite – spotkać się można z poglądem ukształtowanym w oparciu o wyrok SN z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, Biul.SN 2001/5/8, stanowiącym, że jeżeli sankcja nieważności niektórych postanowień czynności prawnej wynika z innych przepisów niż art. 58 § 1 i 2 k.c., o ważności tej czynności w pozostałym zakresie należy rozstrzygać, stosując w drodze analogii, na podstawie art. 58 § 3 k.c. W ten sposób wypowiada się Cz. Żuławska [w:] G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Zychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga Trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2011, s. 165.

jest przeszkód, aby stosunek zobowiązaniowy z umowy kredytu mógł trwać nadal<sup>46</sup>. Przedmiotowa klauzula kształtuje zaledwie „dodatkowy mechanizm indeksacyjny wspomnianych głównych świadczeń stron stosunku kredytowego, tj. sposób określania rynkowej wartości wydanej i wykorzystywanej sumy kredytu w złotych w relacji do walut obcych”<sup>47</sup>. Nie sposób jednak przyznać racji SN w tej materii, o czym będzie niżej.

Po pierwsze, przywołany powyżej wyrok ignoruje literalną konstrukcję art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank., z której wynika, że jeżeli strony zawierają umowę o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, to powinny one ustalić zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu – zasady te nie są elementem zależnym od woli układających się stron, którego spełnienie stanowi konieczną przesłankę wystąpienia określonych skutków prawnych, czyli nie są wyposażone w kluczową cechę dla *accidentalia negotii*<sup>48</sup>. Strony, chcąc związać się umową o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, nie mogą pominąć ujęcia w niej omawianego postanowienia – konstrukcja przepisu tego nie dopuszcza, brak w niej chociażby typowych dla norm o charakterze dyspozytywnym zwrotów: „w braku odmiennego zastrzeżenia”, „w braku odmienniej umowy”, „chyba, że umowa stanowi inaczej”<sup>49</sup>. Po drugie, trzeba mieć na względzie racjonalność ustawodawcy, który chcąc uczynić jakiś element opcjonalnym, czyni to w sposób wyraźny, tak jak w przypadku prowizji (art. 69 ust. 2 pkt 9 pr. bank.)<sup>50</sup>. Uważna lektura art. 69 ust. 1 pr. bank. pozwala dostrzec, że mowa tam jest *verbatim* o odsetkach, a przeważające stanowisko przedstawicieli nauki prawa mówi, że oprocentowanie stanowi *essentialia negotii* umowy kredytu, separując ją od umowy pożyczki ze względu na wymóg jednoznacznego oznaczenia wysokości odsetek<sup>51</sup>. Na afirmację zasługuje więc stanowisko zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 29 marca 2017 roku<sup>52</sup> – w uzasadnieniu tego judykatu twierdzi się zasadnie, że „wyeliminowanie klauzul uznanych za niedozwolone w sposób zaproponowany przez powodów (...) nie może zyskać aprobaty. Proste wyeliminowanie zakwestionowanych klauzul doprowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany pierwotnego charakteru stosunku prawnego, łączącego strony. Doszłoby de facto do zastąpienia kredytu indeksowanego kursem (...) kredytem złotowym”. Można co prawda podnosić, iż dopiero przepisy ustawy z 29 lipca

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 291.

<sup>49</sup> Por. przywołany wcześniej wyrok SN z dnia 19 marca 2015 roku, IV CSK 362/14, LEX nr 1663827.

<sup>50</sup> Afirmację dla takiego rozumowania wyraził J. Molis [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. Zoll, t. I, *Komentarz do art. 1–92*, Kraków 2005, s. 693–695 oraz K. Kurosz, *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, PPH 2017/1, s. 17–25.

<sup>51</sup> J. Pisuliński, *Umowa kredytu. Kredyt konsumencki* [w:] *System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011; J.M. Kondek, W. Somerski, *Dopuszczalność ujemnego oprocentowania kredytów w świetle obecnej sytuacji gospodarczej*, PPH 2015/12, s. 13; A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 336; K. Kurosz, *op.cit.*

<sup>52</sup> I ACa 1233/16, LEX nr 2287417.

2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw<sup>53</sup> wprowadziły do polskiego porządku prawnego art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank., lecz wcale to nie uchybia wywiedzionej argumentacji, w szczególności jeżeli uwzględniony zostanie fakt, iż art. 4 przywołanego aktu prawnego statuował wprost:

W przypadku kredytów lub pożyczek pieniężnych zaciągniętych przez kredytobiorcę lub pożyczkobiorcę przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy ma zastosowanie art. 69 ust. 2 pkt 4a (...) ustawy, o której mowa w art. 1 [tj. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.) – przyp. M. G.] w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone – do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia. W tym zakresie bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki.

Ponadto dostrzec można, iż ustawodawca miał świadomość występowania w obrocie umów o kredyt denominowany<sup>54</sup> lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska i precyzując poprzez art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank. wymogi, jakim umowy tego typu muszą sprostać, potwierdził, że klauzula indeksacyjna jest elementem przedmiotowo istotnym<sup>55</sup>. W czasie poprzedzającym wprowadzenie do polskiego porządku prawnego art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank. niewątpliwie doszło do wypracowania przez praktykę obrotu gospodarczego umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych do waluty innej niż polska, w których klauzule indeksacyjne miały charakter postanowień określających główne świadczenie stron umowy<sup>56</sup>. Za takim stanowiskiem przemawia choćby to, że udzielanie kredytów według niższych stóp, właściwych dla waluty obcej, pozwalało

<sup>53</sup> Dz.U. Nr 165, poz. 984.

<sup>54</sup> Istnienie kredytów denominowanych było już dość dawno jasne dla doktryny; zob. J. Molis [w:] *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II*, red. F. Zoll, Zakamycze 2005 – dostęp LEX/el., teza 13.

<sup>55</sup> Celnej rekapitulacji dokonał SO Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2016 r., III C 75/16, [https://konieczchf.files.wordpress.com/2017/01/so-iii-c-75\\_162.pdf](https://konieczchf.files.wordpress.com/2017/01/so-iii-c-75_162.pdf), 30.11.2017, wskazując: „Kierując się wykładnią celowościową i historyczną należało dojść do wniosku, że powołana nowelizacja Prawa Bankowego [Dz.U. Nr 165, poz. 984 – M.G.] miała służyć wyłącznie doprowadzeniu do umożliwienia usunięcia z obrotu prawnego umów kredytowych, w których powszechnie stosowano niedozwolone klauzule umowne. Wprowadzone rozwiązanie nie doprowadziło jednakże do istotnej zmiany charakteru umów, czy też nie miało skutku »sanacyjnego« dla tych z nich, które ze względu na ewentualną sprzeczność z prawem byłyby dotknięte nieważnością. Nowelizacja wprowadziła do porządku prawnego nowe dotychczas nieznanne pojęcia, bez ich zdefiniowania (kredyt denominowany i indeksowany do waluty obcej), jednakże brak jest podstaw do twierdzenia, że taki akt ustawodawcy oznaczał przyjęcie przez niego, że wszelkie zawarte do czasu uchwalenia ustawy umowy były ważne”. Zob. także Opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona w dniu 12 lutego 2014 r. w sprawie *Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt*, pkt 33, ECLI:EU:C:2014:85.

<sup>56</sup> Zastanawiać się można, czy taka umowa w istocie stanowiła umowę nienazwaną, zbliżoną do umowy kredytu bankowego, w której to kredyt udzielony i wypłacony zostaje w walucie polskiej, lecz w chwili jego uruchomienia dochodzi do nowacji zobowiązania, sprawiającej iż w miejsce zobowiązania do zwrotu kwoty kredytu w złotych powstaje obowiązek zwrotu równowartości tej kwoty w walucie obcej, obliczonej według wskazanego w umowie kursu wymiany (tak SO w Warszawie w wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 r., III C 1073/14) czy też wariant umowy kredytu bankowego (art. 69 pr. bank. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.). W doktrynie od dawna obecny był pogląd, że praktyce bankowej występuje wiele odmian umowy kredytu bankowego, które można klasyfikować według różnych kryteriów; zob. W. Pyziół [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. E. Fojcik-Mastalska, LexisNexis 2007 – dostęp LEX/el., teza 4 i podana tam literatura.

na pozyskanie finansowania przez kredytobiorców na warunkach korzystniejszych, niż gdyby kredyt został udzielony w walucie polskiej (a w niektórych przypadkach pozwalał na uzyskanie kredytu w ogóle).

Odzwierciedlone w kilku orzeczeniach sądów powszechnych (jak również w przedstawionych nieco wyżej judykatach Sądu Najwyższego) „przekształcenie” umów o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska na umowy o kredyt wyrażony w złotych<sup>57</sup>, dokonywane poprzez eliminację klauzul indeksacyjnych, nie może się ostać. Jak zostało przedstawione, w świetle dyrektywy 93/13 sąd krajowy ma ograniczone pole działania. Powtórzmy: jeżeli umowa może obowiązywać bez nieuczciwego warunku, powinna ona wiązać dalej. Jeżeli nie jest to możliwe, umowa powinna być uznana za nieważną. Sądy nie mają natomiast uprawnienia do modyfikacji postanowień umownych, tak aby nie były już one nieuczciwe<sup>58</sup>. Decydującym argumentem, jaki zdaje się zaważać na zapadaniu rozstrzygnięć utrzymujących umowę po stwierdzeniu abuzywności klauzul indeksacyjnych (nieprawidłowo nazywanych waloryzacyjnymi), jest powołanie się na okoliczność zamieszczenia w umowie postanowienia statuującego wypłatę kredytu w złotych (pomimo jego denominowania w walucie obcej), a także pierwotnego oprocentowania<sup>59</sup>. Skonstatowanie zatem, że:

Uznanie mechanizmów zmiany oprocentowania oraz przewalutowania za prawnie wadliwe, przy uwzględnieniu braku innych postanowień umownych w tym zakresie, musi prowadzić w świetle dokonanych powyżej rozważań do stwierdzenia, że powodowie swoje zobowiązanie powinni spłacać przy zastosowaniu pozostałych postanowień umownych a w tym oprocentowania (...) o jakim mowa w (...) z pominięciem przeliczeń po kursie CHF; kwota i waluta jak również oprocentowanie kredytu nadal bowiem jest określone w umowie a Sąd podziela stanowisko, iż kredyt denominowany to kredyt udzielony w walucie polskiej a jedynie rozliczony w walucie obcej<sup>60</sup>.

Nie powielając wcześniej zaprezentowanych argumentów niepozwalających na zaaprobowanie tego rozumowania, w tym miejscu wypadnie jeszcze tylko zwrócić uwagę na brzmienie art. 69 ust. 2 pkt 5 pr. bank.<sup>61</sup>, w myśl którego umowa kredytu powinna określać w szczególności warunki zmiany oprocentowania. Abuzywność postanowienia formułującego sposób zmiany oprocentowania, wobec braku sposobności zastąpienia go inną klauzulą, oznacza w konsekwencji nieważność umowy kredytu<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Zob. chociażby wyroki SO we Wrocławiu: z dnia 20 lipca 2017 r., II Ca 2200/16, <https://www.pdf-archive.com/2017/10/19/ii-ca-2200-16-so-wroc-aw/ii-ca-2200-16-so-wroc-aw.pdf>, 21.08.2018; z dnia 10 sierpnia 2017 r., II Ca 2330/16, <https://drive.google.com/file/d/1iHzXOxta0PDq316cwbhZYDxiTAzVWioY/view>, 21.08.2018; z dnia 27 września 2017 r., II Ca 99/17, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155025000001003\\_II\\_Ca\\_000099\\_2017\\_Uz\\_2017-10-27\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155025000001003_II_Ca_000099_2017_Uz_2017-10-27_002), 21.08.2018.

<sup>58</sup> Por. J. Czabański, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 14 maja 2015 r., II CSK 786/14*, Palestra 1–2/2016.

<sup>59</sup> Patrz zaaprobowany przez SO we Wrocławiu w wyroku z dnia 10 sierpnia 2017 r., II Ca 2330/16, wywód Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, XIV C 2227/15, jako sądu I instancji.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Unormowanie to nie uległo zmianie od momentu wejścia w życie pr. bank.

<sup>62</sup> Bliźniaczo SA w Katowicach w wyroku z dnia 19 stycznia 2018 r., I ACa 632/17, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151500000000503\\_I\\_ACa\\_000632\\_2017\\_Uz\\_2018-01-19\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151500000000503_I_ACa_000632_2017_Uz_2018-01-19_002), 21.08.2018;

Poczyniony wywód prowadzi do wniosku, iż stwierdzenie nieważności całej umowy po uznaniu klauzuli indeksacyjnej za niedozwoloną, przy zastosowaniu wykładni prounijnej, nie wydaje się być możliwe, ale tylko wtedy, gdy podstawy nieważności poszukiwalibyśmy w art. 58 § 3 k.c. i tylko wtedy, gdyby potraktować tę klauzulę jako *accidentalalia negotii* umowy. Inaczej bowiem sprawa się przedstawia w kontekście art. 58 § 1 k.c.: mamy tu do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej, a ta, zgodnie przeważającym w doktrynie poglądem, ma pierwszeństwo przed sankcją niezwiązania konsumenta postanowieniem, wyrażoną w art. 385<sup>1</sup> k.c.<sup>63</sup>, chociaż i w tym przypadku dopuszcza się wysłowioną w orzecznictwie TSUE tezę o podwójnym skutku<sup>64</sup>. Analogicznie należałoby oceniać nieważność klauzuli indeksacyjnej na podstawie art. 58 § 2 k.c.

## 5. Następstwa nieważności całej umowy o kredyt denominowany lub indeksowany

Niezależnie od obranej podstawy<sup>65</sup>, z której wywodzić się będzie nieważność całego stosunku prawnego *ex tunc*, następstwa takiego stanu rzeczy będą w istocie jednakowe: strony będą musiały dokonać zwrotu tego, co sobie wzajemnie świadczyły stosownie do przepisów o świadczeniu nienależnym: kredytodawcy przysługuje roszczenie o zwrot kwoty udzielonego kredytu (ale bez oprocentowania, gdyż zostało ono

---

odmiennie SR dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi w wyroku z dnia 20 listopada 2017 r., II C 636/16 (<http://pomocfrankowiczom.pl/wp-content/uploads/2018/07/Wyrok-20.11.2017-BW.pdf>, 21.08.2018), utrzymanym następnie wyrokiem SO w Łodzi z dnia 13 czerwca 2018 r., III Ca 475/18 ([http://pomocfrankowiczom.pl/wp-content/uploads/2018/07/Wyrok\\_praw.-Ca-475.18.pdf](http://pomocfrankowiczom.pl/wp-content/uploads/2018/07/Wyrok_praw.-Ca-475.18.pdf), 21.08.2018).

<sup>63</sup> Zob. E. Łętowska, K. Osajda [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 648; M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 773; W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2015, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c., nb. 13.

<sup>64</sup> P. Mikłaszewicz, *op.cit.*, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c., teza 41.

<sup>65</sup> Ponad te szerzej zaadresowane w niniejszym artykule wskazać można m.in. na stwierdzenie przez SA w Białymstoku w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r., I ACa 674/17, [http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/content/\\$N/150500000000503\\_I\\_ACa\\_000674\\_2017\\_Uz\\_2018-01-17\\_002](http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/content/$N/150500000000503_I_ACa_000674_2017_Uz_2018-01-17_002), 21.08.2018 nieważności umowy kredytu z uwagi na naruszenie art. 69 pr. bank. jako przepisu bezwzględnie wiążącego, w sytuacji gdy kredytodawca nie oddał do dyspozycji kredytobiorcy wskazanej w umowie kwoty wyrażonej we frankach szwajcarskich, lecz kwotę w złotych polskich (sam kredytodawca stał jednocześnie na stanowisku, że umowa zawarta z kredytobiorcą to umowa kredytu walutowego). W tym samym orzeczeniu sąd wyraził zapatrywanie, że „byłaby też nieważna gdyby uznać ją za umowę kredytu złotówkowego – wbrew zapisowi § 2 umowy. Zauważyć bowiem należy, iż stosownie do treści art. 69 ust. 2 pkt 2 prawa bankowego, w umowie kredytu należy wskazać kwotę kredytu. Jeżeli traktować przedmiotową umowę jako umowę kredytu złotówkowego, to jedyną wskazówką dla ustalenia kwoty udzielonego kredytu jest ust. 2 pkt 2 załącznika nr 7, gdzie stwierdza się, że wypłacona (oddana do dyspozycji kredytobiorcy) kwota kredytu w złotych polskich będzie stanowiła równowartość kwoty 25.000 CHF według kursu kupna tejże waluty obowiązującego w Banku, w dniu wypłaty kredytu. Z powyższego wynika, że w dniu zawierania umowy kwota kredytu była nieokreślona jednoznacznie, co uzasadnia stwierdzenie, że w umowie nie wskazano kwoty kredytu w złotych polskich”.



ustalone w nieważnej czynności prawnej), kredytobiorcy z kolei roszczenie o zwrot rat kapitałowo-odsetkowych. Mając na uwadze specyfikę umów o kredyt indeksowany do innej waluty niż waluta polska, a w szczególności okres, na jaki były one zawierane, stwierdzenie ich nieważności jest zdarzeniem bardzo korzystnym dla konsumentów ze względu obowiązujące uregulowanie dotyczące przedawnienia roszczeń, które w przypadku roszczeń opartych o art. 410 zw. z art. 405 i nast. k.c. ulega przedawnieniu na zasadach ogólnych. Dla kredytobiorców-konsumentów będzie to więc termin sześćoletni, zaś roszczenie banku będącego profesjonalistą, który udzielił kredytu w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, przedawnia się z upływem lat trzech<sup>66</sup>. Bieg terminu przedawnienia roszczeń należy liczyć z uwzględnieniem reguły wynikającej z art. 120 k.c. Świadczenia spełnione na podstawie nieważnej umowy przedawniają się w terminie biegnącym od jego spełnienia, niezależnie od świadomości świadczącego co do przysługiwania mu roszczenia restytucyjnego, czyli kredytobiorcy od momentu następującego od zapłaty każdej z raty kredytu, a dla kredytodawcy od dnia wypłaty kwoty kredytu<sup>67</sup>. Oznacza to, że bardzo prawdopodobna jest sytuacja, gdzie obowiązkiem zwrotu wartości kwoty kredytu obciążony będzie tylko bank, ponieważ kredytobiorca-konsument podniesie zarzut przedawnienia roszczenia banku. Nie można jednakowoż pomijać ewentualnego zarzutu naruszenia zasad współżycia społecznego (art. 5 k.c.)<sup>68</sup> przez podniesienie przez kredytobiorcę zarzutu przedawnienia roszczeń banku związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej<sup>69</sup>. Nie wolno w tym kontekście zapominać jednak o wypracowanej w orzecznictwie wykładni art. 5 k.c., zgodnie z którą ten, kto sam naruszył zasady współżycia społecznego (w odniesieniu do rozpatrywanych umów kredytowych poprzez zaniechanie w przedmiocie spełnienia przedkontraktowego obowiązku informacyjnego, zamieszczenie w umowie klauzul abuzywnych) nie może powoływać się na nie i żądać na ich podstawie odmowy udzielenia ochrony sądowej osobie, której prawo zostało naruszone. Byłoby to bowiem opaczne rozumienie klauzuli generalnej zagnieźdzonej w art. 5 k.c.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Por. wyrok SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CK 24/02, LEX nr 82438.

<sup>67</sup> Zob. wyroki SN: z dnia 24 kwietnia 2003 r., I CKN 316/01, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 117; z dnia 29 kwietnia 2009 r., II CSK 625/08, OSP 2010, nr 4, poz. 45; z dnia 8 lipca 2010 r., II CSK 126/10, LEX nr 602678; z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 760/15, Biul. SN 2016 nr 10. Na uwagę zasługuje jednak sformułowana na tle prawa unijnego i orzecznictwa TSUE koncepcja K. Samplawskiego, *Roszczenia frankowiczów jednak (nie)przedawnione*, <http://kslegal.com.pl/kredyty-chf-przedawnienie-roszczzen/#.W35gNs4zbIX>, 21.08.2018.

<sup>68</sup> Szerzej o ograniczaniu przez art. 5 k.c. tzw. normatywnych postaci uprawnień (w tym przedawnienia) zob. P. Machnikowski, *op.cit.*, komentarz do art. 5 k.c., nb. 10 i nast. oraz A. Zbiegień-Turzańska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2017, red. K. Osajda, Legalis/el., komentarz do art. 5 k.c., teza 108–110 i przywołane tam orzecznictwo.

<sup>69</sup> Problem ten dostrzega w swych rozważaniach także K. Kurosz, *op.cit.*

<sup>70</sup> Zob. np. wyrok SN z dnia 11 maja 2016 r., I PK 134/15, LEX nr 2050669; wyrok SA w Białymstoku z dnia 5 lutego 2016 r., I ACa 901/15, LEX nr 1994437; wyrok SA w Białymstoku z dnia 15 listopada 2013 r., I ACa 503/13, LEX nr 1400224; wyrok SN z dnia 12 czerwca 2013 r., II CSK 632/12, LEX nr 1353432; wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 lutego 2013 r., I ACa 1178/12, LEX nr 1292722.

## 6. Podsumowanie

Niniejszy artykuł, z uwagi na złożoność i rozległość problematyki, obejmuje tylko wybrane aspekty umów o kredyt wyrażony w walucie obcej (denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska). Niemniej jednak już na ich podstawie istnieje sposobność stwierdzenia, iż – wbrew powszechnej opinii – interwencja ustawodawcy nie jest konieczna, aby rozwiązać spory towarzyszące rzeczonym umowom. Już teraz w rękach sądów spoczywają odpowiednie narzędzia pozwalające wydawać rozstrzygnięcia *de lege artis*<sup>71</sup>. Na ten moment nie wykrystalizowała się jeszcze żadna dominująca linia orzecznicza, lecz coraz wyraźniej widać, iż sądy zaczynają śmielej z nich korzystać.

\* \* \*

### **A Credit Agreement Denominated or Indexed to a Currency Other Than Polish Currency in the Light of Judgments of the EU Court of Justice and Jurisprudence of Polish Courts**

The article provides analysis of selected aspects of credit agreements denominated or indexed to a non-Polish currency, emerging from the cases of the EU Court of Justice and Polish courts. Among other things, impact of the case law of this EU judicial institution on decision of Polish authorities, especially in the context of the ECJ judgments' nature and obligation to interpret national law in accordance with the EU law, is also affected. The reflections also focus on the issues that judiciary looks at in detail and, in this respect, the accuracy of adopted legal assessments is being considered, revealing difficulties in terms of basic concepts for agreements that are the subject of the article. Conclusions drawn from the arguments allowed us to give negative answer to the question whether in case of so-called franc agreements (i.e. credit agreements containing clauses indexing the loan amount to the Swiss franc), the legislative intervention of the legislator is necessary to restore legal status.

**Key words:** credit agreement, credit, banks, ECJ, principle of contract freedom

---

<sup>71</sup> Za przykład niech posłuży wyrok SN z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, LEX nr 2369626, w którym SN chyba pierwszy raz poczynił tak liczne odwołania do orzeczeń TSUE, co stanowi pewne *novum* w dotychczasowej praktyce. Sam wyrok jest niestety obarczony szeregiem nietrafnych i sprzecznych z judykami TSUE tez i zasługuje on na odrębną krytykę, znacznie wykraczającą poza ramy tego opracowania.

**mgr Maciej Hadel<sup>1</sup>**

## **Powrót asesury sądowej – rozważania w kontekście aksjologicznych uwarunkowań prawa do sądu i wykładni norm konstytucyjnych**

### **Streszczenie:**

Problematyka tzw. „sporu o asesorów” ma niezwykle emocjonalne, polityczne tło; wszyscy znają okoliczności sprawy, gdyż na przełomie października i listopada 2017 r. był to niezwykle ważny, medialny problem w relacjach między konstytucyjnymi organami państwa. Jednakże w przestrzeni publicznej dominowała sfera polityczno-werbalna. Dlatego konieczne jest przeanalizowanie ww. problematyki z punktu widzenia założeń *stricto* prawnych. Zacząć należy od zarysowania kształtu ustrojowego asesury sądowej, tj. regulacji wynikających z kluczowych dla funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości ustaw, mianowicie prawa o ustroju sądów powszechnych i sądów administracyjnych. Dalej konieczne jest przedstawienie głównych tez orzeczenia TK z dnia z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, kluczowego dla analizowanego zagadnienia. Na dalszym etapie rozważań odnieść się trzeba do wątpliwości w zakresie konstytucyjności przedmiotowej regulacji, zważywszy na aksjologiczne uwarunkowania prawa do sądu i specyfikę wykładni norm konstytucyjnych.

**Słowa kluczowe:** asesorzy sądowi, wymiar sprawiedliwości, wykładnia, Konstytucja, Trybunał Konstytucyjny

---

<sup>1</sup> Magister prawa, doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UJ. W trakcie studiów Przewodniczący Koła Naukowego Publicznego Prawa Gospodarczego TBSP UJ, a także członek Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor publikacji z zakresu prawa i postępowania administracyjnego, publicznego prawa gospodarczego, prawa samorządu terytorialnego. W latach 2016–2017 Redaktor Naczelny Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ. Asystent sędziego w Sądzie Rejonowym dla Krakowa – Podgórze w Krakowie oraz aplikant radcowski.

## Wprowadzenie

Spór wokół powrotu do polskiego systemu prawnego instytucji asesora sądowego zaognił się w październiku 2017 r. Powszechnie znane jest tło medialne niniejszej sprawy<sup>2</sup>, nieobcy jest również kontekst polityczny powyższego zagadnienia. Jednakże z punktu widzenia prawnego, warstwa polityczno-werbalna sporu, konflikt na linii Ministerstwo Sprawiedliwości – Krajowa Rada Sądownictwa (dalej jako: KRS), są irrelewantne, gdyż argumentacja stosowana przez obie te instytucje opierała się w dużej mierze na emocjach *stricte* politycznych. Stąd też o wiele bardziej wartościowa jest analiza powyższej problematyki – ram prawnych funkcjonowania instytucji asesora sądowego w polskim wymiarze sprawiedliwości – w kontekście prawa do sądu i jego aksjologicznych uwarunkowań. Rozważania te będą oparte w dużej mierze o kluczowe z punktu widzenia restytucji asesury sądowej orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06<sup>3</sup>.

Wpierw przedstawione zostaną najistotniejsze z punktu widzenia omawianego zagadnienia normy prawne, regulujące w obecnym stanie prawnym instytucję asesora sądowego, zawarte w ustawie z dnia 27 lipca 2007 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych<sup>4</sup>, a także ustawie z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych<sup>5</sup>. Dalej przybliżone zostaną główne tezy wzmiankowanego już wyroku TK SK 7/06 w nawiązaniu do obecnego, ustrojowego kształtu asesury sądowej. Kwestie te zostaną zestawione z (krytyczną) oceną przedmiotowej regulacji, zwłaszcza w kontekście aksjologicznych uwarunkowań konstytucyjnego prawa do sądu i specyfiki wykładni norm konstytucyjnych.

Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę na niebagatelne znaczenie Konstytucji – jako ustawy zasadniczej – i wykładni jej norm w procesie stanowienia prawa. Oczywiście jest, iż ustawodawca stanowiąc określone normy prawa powszechnie obowiązującego, musi szanować jednocześnie gwarancje praw i wolności umiejscowione na poziomie Konstytucji. Aksjologia norm konstytucyjnych, mimo iż rzecz jasna nie zawsze została w nich *expressis verbis* wyrażona, stanowi niezwykle istotną dyrektywę interpretacyjną (swoistą „wiedzę tła”, którą winien posiadać każdy interpretator norm Konstytucji), pomocną przy kreowaniu nowych norm niższego rzędu, także wykładni norm już funkcjonujących w ramach systemu prawa pozytywnego. Nie inaczej jest w przypadku wykładni norm dotyczących prawa do sądu i gwarancji niezawisłości sędziowskiej.

### 1. Asesorzy sądowi – regulacje prawne

Zgodnie z art. 2 § 1 p.u.s.p. zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości wykonują sędziowie. W świetle art. § 1a, w sądach rejonowych zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości wykonują także asesorzy sądowi, którym powierzono pełnienie obowiązków

<sup>2</sup> Zob. np. <https://wiadomosci.wp.pl/odrzucenie-asesorzy-sadowi-brak-podstaw-decyzji-krs-6183238433970305a,4.04.2018>.

<sup>3</sup> Legalis nr 87676.

<sup>4</sup> T.j. Dz.U. z 2018, poz. 23 ze zm.; dalej jako: p.u.s.p.

<sup>5</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 2188 ze zm.; dalej jako: p.u.s.a.

sędziego (nawiasem mówiąc nie sposób nie zauważyć, iż sformułowanie to wprowadza nieznaną do tej pory w porządku prawnym konstrukcję) z wyłączeniem:

- 1) stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym wobec zatrzymanego przekazanego do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania,
- 2) rozpoznawania zażaleń na postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, na postanowienia o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia i na postanowienia o umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw,
- 3) rozstrzygania spraw z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego.

Asesorzy, zgodnie z art. 2 § 2a p.u.s.p., mogą wykonywać również zadania z zakresu ochrony prawnej inne niż wymiar sprawiedliwości; wykonywanie tychże zadań jest kompetencją przynależną co do zasady referendarzom sądowym, jednakże względy praktyczne (choćby względ na braki kadrowe wymiaru sprawiedliwości w zakresie obsady referendarskiej) przemawiają za umożliwieniem wykonywania ww. zadań również przez asesorów, a także – w razie potrzeby – przez sędziów. Unormowanie to okazuje się istotne w przypadku asesorów zwłaszcza w okresie oczekiwania na uzyskanie *votum* (tj. niewyrażenie w ustawowym terminie przez KRS sprzeciwu).

Generalnie problematyka funkcjonowania asesorów sądowych w ramach sądownictwa powszechnego została uregulowana w rozdziale 2B p.u.s.p. W świetle art. 106h p.u.s.p. w brzmieniu od 21 czerwca 2017 r.<sup>6</sup> na stanowisko asesora sądowego może być mianowany ten, kto spełnia warunki określone w art. 61 § 1 pkt 1–4 p.u.s.p. (tj. posiada wyłącznie obywatelstwo polskie, korzysta z pełni praw cywilnych i publicznych, nie był prawomocnie skazany za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe, jest nieskazitelnego charakteru, ukończył wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskał tytuł zawodowy magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej, jest zdolny, ze względu na stan zdrowia, do pełnienia obowiązków sędziego), ukończył aplikację w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (dalej jako: KSSiP), złożył egzamin sędziowski lub prokuratorski.

Obecne brzmienie przepisu nie wprowadza jednocześnie żadnych wyjątków, nie ma już więc na gruncie znowelizowanych przepisów możliwości ubiegania się o stanowisko asesora przez prawników, którzy np. złożyli inne egzaminy zawodowe, wykonywali zawód poprzedzony ukończeniem innej, niż odbyta w KSSiP, aplikacji, w szczególności nie mają możliwości ubiegania się o asesurę osoby, które zdały egzamin sędziowski na podstawie art. 151c p.u.s.p. albo art. 155 § 7 p.u.s.p., tj. referendarze sądowi oraz asystenci sędziego. Pobocznie należy wspomnieć, iż – abstrahując już od dużej częstotliwości zmian legislacyjnych, gdyż przepis ten od 1 stycznia 2016 r. zmieniał się trzykrotnie – zmianę tę należy ocenić negatywnie. Brak jest w istocie argumentów przemawiających za tego typu rozwiązaniem, które zamyka drogę do uzyskania stanowiska asesora sądowego dotychczasowym referendarzom sądowym i asystentom sędziego, skoro jednocześnie pozostawia im się możliwość złożenia egzaminu sędziowskiego i ubiegania się o wolne stanowisko sędziowskie w drodze konkursowej. Jest to kolejny

<sup>6</sup> T.j. Dz.U. z 2017, poz. 1139 ze zm.



krok deprecjonujący zawody zarówno referendarza sądowego, jak i asystenta sędziego, z pewnością niesprzyjający wybieraniu właśnie tego typu ścieżki kariery zawodowej.

Na podstawie art. 106i p.u.s.p. asesorów sądowych mianuje Minister Sprawiedliwości na czas nieokreślony, na podstawie list przesłanych przez KSSiP. Asesorzy składają ślubowanie wobec Ministra Sprawiedliwości. Kolejno (procedura ta jest znana doskonale z mediów) Minister Sprawiedliwości przesyła wykaz mianowanych asesorów KRS, ta ma dwa miesiące na wyrażenie sprzeciwu (nastąpiła w tej mierze zmiana normatywna, wydłużająca powyższy termin z miesiąca do dwóch; zmiana ta obowiązuje od dnia 17 stycznia 2018 r.). Jeśli KRS we wskazanym terminie nie wyrazi powyższego sprzeciwu, asesor sądowy pełni obowiązki sędziego przez okres 4 lat od dnia upływu miesięcznego terminu.

Wskazana zmiana w zakresie wydłużenia terminu na sprzeciw wynika z potrzeby wykonania przez KRS realnej kontroli informacji o asesorach sądowych, przedkładanych temu organowi. Biorąc pod uwagę konieczność przeprowadzenia analizy często obszernych informacji dotyczących konkretnego kandydata (zakres tych informacji określony jest odrębnymi przepisami), połączoną z innymi obowiązkami członków KRS przy ewentualnych niedostatkach kadrowych, należy przychylić się do stanowiska, że przedmiotowe wydłużenie terminu stanowi zmianę pozytywną, umożliwiającą rzetelne rozpatrzenie przedłożonych kandydatur<sup>7</sup>.

Ustawodawca w art. 106j p.u.s.p. przyznał asesorom sądowym gwarancje niezawisłości na wzór tych dot. sędziów. Zgodnie z tym przepisem, asesor sądowy w sprawowaniu swojego urzędu jest niezawisły i podlega tylko Konstytucji oraz ustawom (§ 1), asesor sądowy nie może należeć do partii politycznej, związku zawodowego, ani prowadzić działalności publicznej niedającej się pogodzić z zasadami niezależności sądów i niezawisłości asesorów sądowych (§ 2), asesorowi sądowemu ubiegającemu się o mandat posła, senatora albo radnego udziela się urlopu bezpłatnego na czas kampanii wyborczej (§ 3). Asesor sądowy, który został mianowany, powołany lub wybrany do pełnienia funkcji w organach państwowych, samorządu terytorialnego, w służbie dyplomatycznej, konsularnej lub w organach organizacji międzynarodowych oraz ponadnarodowych działających na podstawie umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską, jest obowiązany zrzec się niezwłocznie swojego urzędu (§ 4).

Kolejne regulacje na wzór „sędziowski” zostały przewidziane w art. 106k p.u.s.p., a dotyczą one nieusuwalności asesora i ewentualnych przypadków wygaśnięcia lub rozwiązania stosunku służbowego, możliwości przeniesienia asesora w ściśle określonych przypadkach (art. 106l p.u.s.p.), zwrotu kosztów przeniesienia oraz prawa do urlopu (art. 106m p.u.s.p.), wynagrodzenia i dodatków funkcyjnych (art. 106y p.u.s.p., z wskazaniem, że wynagrodzenie asesora wynosi 80% wynagrodzenia zasadniczego w pierwszej stawce sędziego sądu rejonowego), urlopu dla poratowania zdrowia (art. 106z p.u.s.p.), stroju urzędowego asesora (art. 106za p.u.s.p., zgodnie z którym „strojem urzędowym asesora jest strój urzędowy sędziego”), postępowania dyscyplinarnego i odpowiedzialności za wykroczenia (art. 106zd – art. 106ze p.u.s.p.), obowiązku szkolenia i doskonalenia

<sup>7</sup> I. Hayduk-Hawrylak, B. Kolecki, A. Wlekińska, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Komentarz do art. 106i, nb. 5, el. Legalis/2018.

zawodowego (art. 106zf p.u.s.p.). W art. 106zg p.u.s.p. ustawodawca zastosował odesłanie do stosowania wobec asesorów szeregu przepisów ustawy, m.in. dot. obowiązków sędziego, tajemnicy służbowej, miejsca zamieszkania sędziego, służby wojskowej sędziego.

Przepisy te nie wymagają szerszego komentarza, jednakże przytoczenie tych regulacji ma na celu zobrazowanie, iż kształt ustrojowy asesury sądowej, funkcjonowanie asesorów sądowych w wymiarze sprawiedliwości, zostały uformowane poprzez analogię do praw i obowiązków sędziów; niekiedy przepisy te są dosłowną kalką odnoszących się do nich unormowań.

Istotne jest jednak osobne zwrócenie uwagi na procedurę przewidzianą w art. 106xa p.u.s.p., tj. możliwości „awansu” asesora na stanowisko sędziego sądu rejonowego. Zgodnie z tym przepisem, przed upływem 36 miesięcy pełnienia obowiązków sędziego asesor sądowy może złożyć prezesowi właściwego sądu okręgowego wniosek o powołanie na stanowisko sędziego sądu rejonowego. Oceny kwalifikacji asesora sądowego dokonuje sędzia wizytator wyznaczony przez prezesa właściwego sądu apelacyjnego w drodze losowania spośród sędziów z obszaru danej apelacji, z wyłączeniem sędziów sądu okręgowego, w którego okręgu ma siedzibę sąd, w którym asesor sądowy pełni służbę. Kolejno prezes sądu okręgowego przedstawia do zaopiniowania kolegium sądu okręgowego kandydaturę asesora sądowego na wolne stanowisko sędziego sądu rejonowego, wraz z oceną kwalifikacji i ewentualnymi uwagami asesora sądowego, a następnie ustala termin zgromadzenia ogólnego sędziów okręgu, w czasie którego kandydatura będzie oceniana. W pozostałym zakresie – również poprzez zastosowanie techniki legislacyjnej ustawowych odesłań – procedura została ukształtowana na wzór konkursowej procedury sędziowskiej. Istotne jest to, że po uzyskaniu pozytywnej opinii co do swojej pracy, asesor sądowy przedstawiany jest przez KRS Prezydentowi RP z wnioskiem o powołanie na urząd sędziego, bez konieczności ubiegania się o ten urząd w drodze konkursu; zgodnie bowiem z art. 20a § 3 stanowisko asesorskie przekształca się z mocy prawa w stanowisko sędziowskie z chwilą powołania zajmującego je asesora sądowego do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim.

Analogiczne, choć dużo bardziej skrótowe regulacje zawiera p.u.s.a. Zgodnie z art. 4 p.u.s.a. asesory sądowi są w sprawowaniu swojego urzędu niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom. W świetle art. 5 § 3–4 p.u.s.a. asesorów sądowych do pełnienia urzędu na stanowisku asesora sądowego powołuje Prezydent na wniosek KRS. Asesory sądowi są powoływani na pięć lat, z wyznaczeniem miejsca służbowego (siedziby) asesora sądowego w wojewódzkim sądzie administracyjnym. Na podstawie art. 6a p.u.s.a., do pełnienia urzędu na stanowisku asesora sądowego może być powołany ten, kto ukończył 30 lat, ma obywatelstwo polskie i korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich, jest nieskazitelnego charakteru, ukończył wyższe studia prawnicze w Polsce i uzyskał tytuł magistra lub zagraniczne uznane w Polsce, jest zdolny ze względu na stan zdrowia do pełnienia obowiązków sędziego, wyróżnia się wysokim poziomem wiedzy w dziedzinie administracji publicznej oraz prawa administracyjnego i innych dziedzin prawa związanych z działaniem organów administracji publicznej (analogicznie więc jak w przypadku sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych), a także przez co najmniej cztery lata pozostawał na stanowisku sędziego, prokuratora

lub prezesa, wiceprezesa lub radcy Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej albo co najmniej przez cztery lata wykonywał zawód adwokata, radcy prawnego lub notariusza, albo przez sześć lat pozostawał w instytucjach publicznych na stanowiskach związanych ze stosowaniem lub tworzeniem prawa administracyjnego.

Warto zwrócić również uwagę na art. 18 § 1 p.u.s.a., zgodnie z którym w skład wojewódzkiego sądu administracyjnego wchodzi: prezes sądu, wiceprezes sądu lub wiceprezesi sądu, sędziowie i asesory sądowi. Ewidentna dystynkcja przewidziana w tym przepisie między sędziami i asesorami sądowymi wskazuje, że nie są to rzecz jasna tożsame funkcje.

## **2. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2007 r., SK 7/06 – główne tezy**

Ponownie należy wskazać, że instytucja asesury sądowej nie jest nowa – aktualnie mamy do czynienia z jej swoistym renesansem, gdyż tzw. „stara asesura” funkcjonowała do czasu derogacji przepisów jej dotyczących w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego SK 7/06. W tym miejscu przedstawione zostaną pokrótce główne tezy tego orzeczenia; dotyczą one w dużej mierze również kwestii związanych z konstytucyjnym prawem do sądu i z niezawisłością sędziowską, istotnych z punktu widzenia przedmiotowych rozważań.

Trybunał wskazał, iż konstytucyjne prawo do sądu oprócz trzech najczęściej wskazywanych elementów, tj. prawa do uruchomienia postępowania sądowego, prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej oraz prawa do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia, obejmuje również prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Wszystkie sprawy (za wyjątkiem tych, które podlegają kognicji trybunałów) powinny być rozpatrywane przez właściwe, niezależne, bezstronne i niezawisłe sądy wskazane w Konstytucji. Niezależność, niezawisłość i bezstronność sądu i sędziego są ze sobą ściśle powiązane. Niezależność sądów oznacza przede wszystkim oddzielenie pod kątem organizacyjnym i funkcjonalnym sądownictwa od organów innych władz, w celu zagwarantowania pełnej samodzielności tych organów w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania. Z kolei niezawisłość sędziego charakteryzuje się działaniem jedynie w oparciu o prawo, zgodnie z własnym sumieniem i wewnętrznym przekonaniem. Z niezawisłością związane są liczne elementy: bezstronność wobec uczestników postępowania, niezależność w stosunku do organów pozasądowych, samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, niezależność od wpływu czynników politycznych oraz wewnętrzna niezależność sędziego.

Kolejno – bezstronność jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej, a jednocześnie przymiotem sędziego, którego utrata pozbawia go kwalifikacji do pełnienia swoich funkcji. Polega ona na obiektywnej ocenie stron i uczestników postępowania, zarówno w trakcie toczącej się sprawy, jak i orzekania. Brak bezstronności sędziego przy orzekaniu stanowi szczególnie poważne naruszenie zasady niezawisłości sędziowskiej. Dostosowywanie treści wyroków do sugestii i poleceń wydawanych przez podmioty zewnętrzne prowadzi do powstania zjawiska tzw. sędziego dyspozycyjnego, a to wyklucza

możliwość wymierzania sprawiedliwości. Wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji<sup>8</sup> cechy sądu i postępowania sądowego powinny być rozumiane w kontekście uregulowań rozdziału VIII Konstytucji, dotyczącego sądów i trybunałów. Standardy wyznaczone przez przepisy tego rozdziału należą do treści prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji. Niezawisłość sądu określona w art. 45 ust. 1 Konstytucji ściśle nawiązuje do niezawisłości o której mowa w art. 178 i następnych. Niezawisły sąd składa się z osób, którym prawo nadaje cechę niezawisłości, nie tylko w formie deklaracji, ale kształtuje system uwarunkowań działania sędziów w sposób który tę niezawisłość realnie, efektywnie gwarantuje. Z kolei z zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 ust. 1 Konstytucji) wynika, że sąd każdej instancji powinien spełniać warunki niezależności, bezstronności i niezawisłości.

Zgodnie z Konstytucją w skład sądów wchodzi sędziowie oraz obywatele biorący udział w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Możliwość swobodnego powierzania sprawowania władzy sądowej innym osobom spowodowałaby utratę znaczenia gwarancji określonych w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Skutkowałoby to dopuszczalnością realizowania prawa do rozpatrzenia sprawy przez sąd przez działalność organów, w których konstytucyjny standard niezawisłości jest niższy niż gwarancja niezawisłości sędziowskiej określonej w rozdziale VIII Konstytucji. Brak jest w Konstytucji przepisu, który wprost nakazuje sprawowanie wymiaru sprawiedliwości wyłącznie przez sędziów. Wyjątkiem od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sędziów jest udział obywateli na zasadach określonych w ustawie. Dalsze odstępstwa od wskazanej zasady są dopuszczalne pod warunkiem spełnienia dwóch warunków: 1) muszą być one uzasadnione konstytucyjnie legitymowanym celem i mieścić się w granicach realizacji tego celu; 2) muszą być spełnione wszystkie istotne „materialne” warunki, od których uzależniona jest bezstronność, niezawisłość i niezależność sądu.

Instytucji asesora nie należy utożsamiać z zasadą dopuszczenia obywateli do udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (art. 182 Konstytucji). Nie jest on przedstawicielem społeczeństwa, pełni swą funkcję w ramach stosunku pracy a nie powinności obywatelskiej. Regulacja ustawowa, zgodnie z którą asesor jest w zakresie orzekania niezawisły i podlega tylko Konstytucji oraz ustawom, stanowi jedynie deklarację, która nie zapewnia realnej i efektywnej niezawisłości wymaganej przez Konstytucję. Muszą jej towarzyszyć szczególne rozwiązania prawne odnoszące się do praktycznego zapewnienia przestrzegania poszczególnych elementów pojęcia niezawisłości. W szczególności niedopuszczalne jest: uzależnienie asesora od Ministra Sprawiedliwości, brak określenia ram czasowych powierzenia asesorom funkcji sędziowskich, eliminacja udziału KRS w procedurze powierzania asesorowi czynności sędziowskich, uzależnienie od kolegium sądu okręgowego oraz od sędziego konsultanta, brak gwarancji apolityczności asesorów.

Konkludując ten fragment rozważań – wskazać należy, iż ustawodawca, projektując „nową asesurę” co do joty wypełnił wskazania Trybunału odnośnie do ustrojowego kształtu asesury; mianowicie określił jej ramy czasowe, wskazując *explicite*, iż asesor

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

jest powoływany na czas nieokreślony, zapewniono udział Krajowej Rady Sądownictwa w procesie mianowania asesora na stanowisko orzecznicze poprzez zagwarantowanie możliwości wniesienia sprzeciwu (jakkolwiek podkreślić należy, że procedura ta została uregulowania w sposób szczątkowy i być może nawet znowelizowany termin dwumiesięczny jest zbyt krótki do oceny poszczególnych kandydatur; nie zostały wskazane również kryteria wedle których owa ocena miałaby się dokonywać), oceny kwalifikacji asesora sądowego dokonuje sędzia wizytator wyznaczony przez prezesa właściwego sądu apelacyjnego w drodze losowania spośród sędziów z obszaru danej apelacji, z wyłączeniem sędziów sądu okręgowego, w którego okręgu ma siedzibę sąd, w którym asesor sądowy pełni służbę. Mamy tutaj do czynienia wręcz ze zmaksymalizowaną realizacją postulatu obiektywizmu oceny asesora, gdyż takich gwarancji nie ma chociażby kandydat na wolne stanowisko sędziowskie. Wreszcie – jedyne instytucjonalne powiązanie z Ministrem Sprawiedliwości sprowadza się do odebrania przez niego ślubowania asesora, przy czym należy zauważyć, iż rota ślubowania jest identyczna jak w przypadku sędziego; rola Ministra ma więc tutaj charakter *stricte* ceremonialny, podobnie jak w przypadku Prezydenta odbierającego ślubowanie sędziowskie.

### 3. Powrót asesury sądowej – kontrowersje odnośnie do konstytucyjności przedmiotowej regulacji

Przechodząc do kwestii argumentów dot. domniemanej niekonstytucyjności regulacji kształtujących instytucję asesury sądowej, sprowadzają się one w istocie do jednej kwestii<sup>9</sup>, mianowicie językowej wykładni art. 45 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym – co już było sygnalizowane – każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, a także art. 178 Konstytucji, statuującego gwarancje niezawisłości sędziowskiej. Argumentacja ta sprowadza się do konstatacji, iż Konstytucja stanowi wyłącznie o „Sędziach” i „sędziach”; nie wspomina nigdzie o asesorach, co powoduje, że *in genere* wprowadzenie do prawa pozytywnego instytucji asesora (niejako na wzór sędziowski) jest sprzeczne z Konstytucją. Dodatkowo gwarancje niezawisłości i niezależności asesorów mają wyłącznie charakter ustawowy, nie zaś konstytucyjny.

Wskazując na inne, negatywne głosy w tej mierze<sup>10</sup> – KRS w opinii z dnia 10 lutego 2017 r. przede wszystkim wskazała, że uzależnienie asesora sądowego od Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego, przy zachowaniu jedynie pozoru jego nieodwołalności, jest niezgodne z przedmiotowym wyrokiem TK SK 7/06 oraz wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 30 listopada 2010 r. w sprawie Henryk Urban i Ryszard Urban przeciwko Polsce<sup>11</sup>, ponieważ godzi w prawo obywatela do niezawisłego, bezstronnego i niezależnego sądu, wyrażone w art. 45 Konstytucji a także

<sup>9</sup> Były ona sygnalizowane chociażby w wystąpieniach prelegentów podczas odbywającego się w Krakowie w dniu 9 czerwca 2017 r. V Forum Karnistycznego; zob. szerzej przedstawione tam argumenty: <https://www.youtube.com/watch?v=BRQd3WA0aP4>, 19.04.2018.

<sup>10</sup> Podano za: I. Hayduk-Hawrylak, B. KołECKI, A. WleKlińska, *op.cit.*, teza 4.

<sup>11</sup> Skarga nr 23614/08; zob. [www.etpcz.ms.gov.pl](http://www.etpcz.ms.gov.pl).



w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wartości, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r.<sup>12</sup> KRS negatywnie zaopiniowała wyłączenie jej z procesu obsadzania stanowisk asesorów sądowych, sprowadzając jej rolę jedynie do możliwości zgłoszenia sprzeciwu odnośnie do powierzenia asesorowi pełnienia obowiązków sędziego, przy jednoczesnym braku odpowiednich gwarancji proceduralnych pozwalających ocenić kwalifikacje tych osób. W związku z powyższym organ ten pozbawiony został pozytywnej kompetencji powierzania asesorom sądowym pełnienia obowiązków sędziego, pomimo że jest to związane z wymierzaniem sprawiedliwości. W opinii tej KRS wskazała, iż jest organem konstytucyjnym stojącym na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 186 Konstytucji), przy czym ustrojodawca, dostrzegając znaczenie odrębności władzy sądowniczej, z czym bezpośrednio związana jest niezależność sądów i niezawisłość sędziów, wyposażył ją w wyłączną kompetencję do oceny kwalifikacji i przydatności kandydatów na sędziów oraz ich przedstawiania Prezydentowi z wnioskiem o powołanie do pełnienia urzędu (art. 179 Konstytucji). Oznacza to, że bez wniosku KRS nikt nie powinien sprawować w Rzeczypospolitej Polskiej wymiaru sprawiedliwości, niezależnie od tego, czy będzie to czynił zajmując stanowisko sędziego, czy asesora sądowego wykonującego obowiązki sędziego.

Z kolei Ogólnopolskie Stowarzyszenie Sędziów THEMIS podniosło w opinii z 29 stycznia 2017 r., że w wyroku w sprawie SK 7/06 Trybunał uznał za niekonstytucyjne rozwiązanie, zgodnie z którym Minister Sprawiedliwości powierza orzekanie asesorowi sądowemu. W opinii wskazano, że mimo iż zakwestionowane przez Trybunał rozwiązania odbiegają treścią od rozwiązań wprowadzonych przez ustawę nowelizującą, o tyle jako zasadne ocenić należy wyłączenie z procedury mianowania asesorów udziału władzy wykonawczej. Zauważono, że mianowanie asesora przez Ministra Sprawiedliwości jest jednocześnie (przy braku sprzeciwu KRS) powierzeniem sprawowania funkcji sędziowskiej. W związku z powyższym, powierzenie obowiązków sędziego powinno następować z rąk Prezydenta, co jest jednym z warunków uznania procedury nominacyjnej za spełniającą warunek niezawisłości i niezależności sądownictwa, w skład którego wchodzi asesorzy. Zdaniem Stowarzyszenia to KRS powinna przedstawiać Prezydentowi listę asesorów z wnioskiem o powierzenie pełnienia obowiązków sędziego.

Zanim powyższa argumentacja zostanie poddana analizie, konieczne jest uprzednie zarysowanie problematyki wynikającej ze specyfiki wykładni norm konstytucyjnych. Wskazać należy, że tradycyjne i najczęściej używane metody wykładni mogą być nieprzydatne dla ustalenia sensu norm konstytucyjnych, a użycie wyłącznie ich w procesie interpretacji może w konsekwencji prowadzić do nieefektywnego oddziaływania tego aktu. Tradycyjne metody wykładni muszą więc być uzupełniane środkami interpretacyjnymi przyjmującymi często formę wyjaśniania i konkretyzowania zapisów konstytucji, przy czym ustalenie treści norm konstytucyjnych jest procesem dalece bardziej skomplikowanym aniżeli rozstrzyganie o znaczeniu innych norm prawnych, w związku z czym rzadko jest możliwe oparcie tego procesu o jedną tylko metodę

<sup>12</sup> Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.

wykładni – raczej należy posłużyć się kilkoma różnymi metodami, które wzajemnie się uzupełniają i przenikają<sup>13</sup>. Z powyższego wynika ponadto, że w celu zapewnienia bezpośredniej stosowalności i skuteczności przepisów konstytucji wymagają one nie tylko wykładni eksplikacyjnej, tj. wyjaśniającej znaczenie interpretowanych pojęć, lecz także wykładni „wypełniającej” (*ausfüllende Auslegung*), konkretyzującej ich zawartość normatywną, która nie została pomieszczona w tekście konstytucji w sposób kompletny<sup>14</sup>. Dla zdekodowania normy konstytucyjnej w prawie każdym przypadku nie jest wystarczające posłużenie się wykładnią językową. Wynika to z wielu przyczyn, także ze specyficznej techniki prawodawczej wykorzystywanej przy tworzeniu tekstu konstytucji, charakteryzującej się znacznie mniejszą niż w przypadku innych aktów normatywnych dyscypliną redakcyjną. Wśród tych przyczyn wymienić wypada przede wszystkim: wspomniane już bogactwo tematyczne konstytucji, potrzebę zwięzłości jej tekstu oraz nadania mu uroczystego języka i zamanifestowania wyjątkowości tego aktu, a także fakt, że słownictwo konstytucji bazuje nie tylko na języku powszechnym, ale także na pojęciach autonomicznych – wyrażeniach, które pomimo ugruntowanego znaczenia w języku powszechnym, czy nawet w języku innych aktów normatywnych, mają na gruncie ustawy zasadniczej znaczenie odmienne<sup>15</sup>. Dodatkowo – w interpretacji ustawy zasadniczej szczególną rolę odgrywają pozakonstytucyjne elementy o dużym nasileniu aksjologicznym, które mają nierzadko znaczny wpływ na ostateczny wynik konkretyzacji ogólnikowego i mało precyzyjnego zapisu konstytucji. Dokonanie wykładni norm konstytucyjnych bez odwołania się do tych nadrzędnych treści i wartości zawsze da rezultat niepełny, a może nawet całkowicie nieprawidłowy. Na pewnym poziomie funkcjonowania instytucji państwa prawa nie da się już bowiem oddzielić sfery formalnej, a więc konkretnej normy prawnej, od sfery aksjologii<sup>16</sup>.

Istotne jest również zauważenie, że nie sposób interpretować tekstu konstytucji w oderwaniu od określonego kontekstu społecznego. W miarę jak zmieniają się warunki społeczne, co następuje w coraz szybszym tempie, także ten kontekst ulega zmianie. Konstytucja funkcjonuje w określonych warunkach społecznych i nie może być wykładana w oderwaniu od nich. Z kolei ewolucja kontekstu społecznego wpływa na rozumienie samego tekstu ustawy zasadniczej<sup>17</sup>. W konsekwencji rezultat wykładni konstytucji zawsze powinien w pewnej chociaż mierze uwzględniać zmiany sytuacji społeczno-gospodarczej. W doktrynie prawa konstytucyjnego stawia się tezę o „żywej Konstytucji”, która podlegając dynamicznej wykładni sądu konstytucyjnego, zmienia ewolucyjnie swoją treść, poprzez systematyczne adaptowanie zasad i wartości do zmieniającego się kontekstu społecznego. W ten sposób staje się możliwa odpowiedź na nowe wyzwania i oczekiwania, ale i zagrożenia współczesnego człowieka

<sup>13</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 73.

<sup>14</sup> A. Jakuszewicz, *Wykładnia konstytucji jako proces konkretyzacji*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014, nr 1 (17), s. 75–76.

<sup>15</sup> S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej wykładni* [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 26–27.

<sup>16</sup> M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 25.

<sup>17</sup> K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 245.

wynikające z rozwoju mechanizmów rządzących społeczeństwem czy też z rozwoju nauki i technologii<sup>18</sup>.

Podsumowując – przychylić się należy do stanowiska, iż w przypadku konstytucji mamy do czynienia ze specyficznymi, właściwymi wyłącznie dla tego aktu prawnego regułami wykładni. Wynika to przede wszystkim z dużej ogólności, otwartości tekstowej i ze znacznego nasycenia elementami aksjologicznymi treści przepisów ustawy zasadniczej, a także z jej trwałości i ukierunkowania na długotrwałe obowiązywanie w czasie oraz z tego, że przepisy ustawy zasadniczej normują niezwykle doniosłe kwestie, takie jak ustrój państwowy oraz status jednostki, a takie ustalenia nie mogą być czynione w oderwaniu od realiów życia społecznego czy politycznego<sup>19</sup>.

Przenosząc te rozważania na grunt analizowanej tematyki – teza, jakoby art. 45 Konstytucji i art. 178 Konstytucji winny być interpretowane (wyłącznie) literalnie, zdaje się być nie do obronienia, gdyż nie uwzględnia specyfiki norm konstytucyjnych i wskazanych cech charakterystycznych, rządzących ich wykładnią, tj. prymatu wykładni funkcjonalnej nad wykładnią językową, aksjologicznych uwarunkowań, dynamiki wykładni norm konstytucyjnych. Jakkolwiek zauważyć należy, iż brak jest racjonalnego uzasadnienia dla wniosku, iż akurat normy regulujące konstytucyjne prawo do sądu oraz gwarancje niezawisłości sędziowskiej mają być wykładane literalnie (choćaby w opozycji do konstytucyjnego prawa łaski z art. 139 Konstytucji, gdzie jednak większość autorów stoi na stanowisku, iż konieczne jest dokonanie wykładni systemowej, funkcjonalnej oraz historycznej), to jednak bazując wyłącznie na tekście ustawy zasadniczej należy podnieść, iż ustrojodawca w żadnej z norm nie wskazał, iż „Sąd” w rozumieniu Konstytucji może się składać wyłącznie z „sędziów”. Dokonując wykładni językowej takiego wniosku nie da się wyprowadzić z żadnej normy; *nota bene* kwestia ta została zauważona również przez Trybunał we wskazanym orzeczeniu SK 7/06.

Co więcej – art. 182 Konstytucji przewiduje generalną zasadę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, jednakże treść tej normy-zasady konstytucyjnej została wypełniona na poziomie ustawodawstwa zwykłego. Otóż zgodnie z art. 4 § 1 p.u.s.p., w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości obywatele biorą udział przez uczestnictwo ławników w rozpoznawaniu spraw przed sądami w pierwszej instancji, chyba że ustawy stanowią inaczej. Natomiast w świetle § 2 ww. artykułu, przy rozstrzyganiu spraw ławnicy mają równe prawa z sędziami i asesorami sądowymi. Co istotne, zgodnie z art. 169 p.u.s.p. w zakresie orzekania ławnicy są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom.

Zauważyć więc należy, iż zastosowana technika legislacyjna i kształt ustrojowy funkcji ławnika są podobne jak w przypadku regulacji dot. asesorów sądowych, przy zachowaniu oczywistych odrębności związanych z tym, iż ławnik jest „czynnikiem społecznym w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości”, nie zaś sędzią zawodowym. Otóż brak jest więc przepisu o randze konstytucyjnej, który stanowiłby, iż ławnik jest

<sup>18</sup> M. Safjan, *Wprowadzenie* [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, el./Legalis 2016, nb. 103.

<sup>19</sup> M. Michalska, *Konstytucja w działaniu. O specyfice wykładni ustawy zasadniczej*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/6.

„Sądem” i ma takie same uprawnienia jak sędzia, gdyż kwestie te zostały doprecyzowane na poziomie ustawy, podobnie zresztą jak gwarancja niezawisłości ławnika, która z kolei jest analogiczna do tej w przypadku sędziów. Jednakże w przypadku składów ławniczych panuje raczej powszechny konsensus, iż ich istnienie jest zgodne z Konstytucją. Zauważyć więc należy, że ustrojodawca systemowo dopuścił istnienie składów „Sądu” nieskładających się wyłącznie z sędziów zawodowych. Oczywiście sytuacje, w których dopuszczalne jest orzekanie w składzie ławniczym muszą być przewidziane *explicite* przez ustawodawcę w regulacjach procesowych. W przypadku asesorów sądowych brak jest tego typu wymogu – wynika to z przyjętego przez ustawodawcę założenia ustrojowego, które można ująć lapidarnie, iż tam, gdzie ustawa stanowi o „sędzim” (zawodowym), dopuszczalne jest (poza enumeratywnie wskazanymi przypadkami) orzekanie również przez asesora sądowego. Mamy więc do czynienia ze swoistą klauzulą generalną dopuszczalności pełnienia funkcji orzeczniczych przez asesora sądowego, ograniczoną w bardzo niewielkim stopniu poprzez enumerację negatywną.

Tego typu regulacja nie stoi w żaden sposób w sprzeczności z *ratio legis* norm konstytucyjnych, regulujących prawo do sądu i wynikającą z niej aksjologią. Ich celem jest przede wszystkim zagwarantowanie obywatelom możliwości dostępu do bezstronnego, niezależnego i niezawisłego sądu, który ma rozstrzygać spory dotyczące ich praw i wolności. Osiągnięcie tego celu ma zostać zagwarantowane m.in. poprzez prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Gwarrantami o charakterze konstytucyjnym powinny być więc objęte wszystkie podmioty sprawujące w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości – niezależnie od tego, czy jest to „Sąd” w składzie wyłącznie składającym się z sędziów zawodowych, składzie ławniczym, czy też w składzie asesorskim, skoro mamy do czynienia ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Brak jest racjonalnego argumentu, nieopartego wyłącznie na wykładni językowej, który nie pozwoliłby „rozciągnąć” konstytucyjnych gwarancji – mimo że nie zostały one *expressis verbis* wyrażone w ustawie zasadniczej, lecz wyłącznie powtórzone na poziomie ustawy – na inne podmioty niż sędziowie zawodowi. Oczywiście zasadne jest twierdzenie, iż asesor sądowy nie jest sędzią – wynika wprost z norm ustawowych. Jednakże pogląd, iż zgodnie z Konstytucją „Sąd” mogą tworzyć wyłącznie sędziowie zawodowi, jest błędny; przeczy temu chociażby wzmiankowane systemowe dopuszczenie istnienia składów ławniczych. Wszystkie te podmioty jednak sprawują wymiar sprawiedliwości; przyjąć należy, że ustrojodawca określił jedynie pewne ramy ustrojowe systemu sądownictwa, natomiast dopuszczalne jest wprowadzanie rozmaitych modeli funkcjonowania tego systemu, a także ich modyfikowanie w razie zaistnienia takiej potrzeby (co uwzględnia założenia wykładni dynamicznej norm konstytucyjnych). Uzasadnienie wprowadzenia instytucji asesury sądowej, mianowicie względy efektywności postępowania, odciążenia sędziów zawodowych, a także konieczności praktycznego przygotowania do pełnienia funkcji sędziego i jednoczesnej weryfikacji, czy dana osoba w toku codziennych czynności daje gwarancję prawidłowego sprawowania swej funkcji w przyszłości, również zdaje się spełniać kryteria wskazane w orzeczeniu Trybunału SK 7/06. Podobnie należy ocenić również kwestię wprowadzenia terminowości sprawowania funkcji „przedsędziowskiej” – okres

ten kończyłaby ocena dokonywana przez podmioty kompletnie odseparowane od władzy wykonawczej; generalne wprowadzenie takiej możliwości również zostało uznane za dopuszczalne przez TK w wyżej wymienionym orzeczeniu.

Odnosnie do kwestii niezawisłości – przy jej rozważaniu należy odróżniać jej subiektywny i obiektywny aspekt; oba są bezpośrednią konsekwencją wyróżnienia niezawisłości w ujęciu negatywnym. Podając za przytoczonym orzeczeniem Trybunału – takie rozumienie niezawisłości akcentuje nadto jej ściśle personalny charakter, związany z osobą samego sędziego. Subiektywny aspekt niezawisłości dotyczy wewnętrznych przeżyć sędziego, który musi mieć bezwzględne poczucie wolności od jakichkolwiek nacisków. Z kolei aspekt obiektywny koncentruje się na zewnętrznym odbiorze niezawisłości. Sędzia musi więc być osobą postrzeganą jako wolna od wszelkich prób wpływania na jej werdykt<sup>20</sup>.

Wskazać więc należy, że jakkolwiek aspekt obiektywny, tj. zewnętrzne rozumienie niezawisłości i jej formalne gwarancje są istotne, o tyle jednak tego typu ujęcie tej problematyki w kontekście instytucji asesury sądowej całkowicie pomija subiektywny aspekt niezawisłości. Niezależnie więc od tego, na jakim szczeblu hierarchii źródeł prawa umiejscowione zostaną gwarancje niezawisłości sędziego (asesora, ławnika), to istotniejsze jest to, aby osoba sprawująca w imieniu państwa wymiar sprawiedliwości czuła się wolna od jakichkolwiek nacisków. Oczywiście – przewidzenie tychże gwarancji wyłącznie na poziomie ustawowym daje asumpt do dużo łatwiejszej ich modyfikacji, czy też wręcz całkowitego ich usunięcia. Dopiero jednak w takim wypadku można byłoby stawiać tezę o niekonstytucyjności ustrojowego kształtu asesury (przy zastrzeżeniu jednak, iż wedle przyjętej koncepcji funkcjonalna i systemowa wykładnia art. 178 Konstytucji i tak pozwalałaby na „rozciągnięcie” tych gwarancji na asesorów sądowych). Ponownie w tym należy przywołać przykład ławników – również w ich przypadku gwarancje niezawisłości mają charakter jedynie ustawowy, jednakże nikt nie kwestionuje niezgodności z Konstytucją tego typu uregulowania.

Podobnie należy przyjąć w przypadku domniemanego instytucyjnego powiązania asesorów sądowych z Ministrem Sprawiedliwości – Prokuratorem Generalnym. Sprowadza się ono w zasadzie do kwestii mianowania i odebrania ślubowania, które to z natury rzeczy mają charakter wyłącznie formalny i ceremonialny. Analogicznie w przypadku udziału Prezydenta w procedurze powołania sędziów – fakt wydawania przez niego aktu administracyjnego w tej mierze i odbierania ślubowania sędziowskiego nie przesądza jednocześnie, iż sędziowie są instytucjonalnie powiązani z osobą Prezydenta. Wskazać należy, że w zarówno w przypadku sędziów, jak i asesorów rota ślubowania jest właściwie identyczna; kwestia organu, przed którym jest ono składane, nie ma właściwie żadnego znaczenia poza *stricte* symbolicznym, zwłaszcza w kontekście subiektywnie i obiektywnie rozumianej niezawisłości. Odnosnie do tezy wyrażonej przez Ogólnopolskie Stowarzyszenie Sędziów THEMIS – postulat, aby powierzenie obowiązków sędziego następowało z rąk Prezydenta, obarczony jest jedną, bardzo istotną wadą – mianowicie zgodnie z art. 144 ust. 2 pkt 17 Konstytucji, prerogatywą

<sup>20</sup> Wyrok TK z dnia 20 lipca 2004 r., SK 19/02, OTK-A 2004, Nr 7, poz. 67.



prezydencką jest wyłącznie powoływanie sędziów. Otóż w świetle poczynionych powyżej rozważań oczywiste jest, że asesorzy nie są sędziami. Dodatkowo powszechnie przyjmuje się w doktrynie, że nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca prerogatyw prezydenckich – zwrócić należy w tej mierze na stanowisko TK:

kontrasygnata nie jest wymagana, gdy dotyczy aktów wymienionych w art. 144 ust. 3 Konstytucji. Spośród wymienionych tam trzydziestu tzw. prerogatyw, Prezydent nie ma uprawnienia do powoływania i odwoływania Przewodniczącego KRRiT. Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że brak jest podstaw do uznania, że uprawnienia Prezydenta wykonywane na podstawie art. 144 ust. 3 Konstytucji mogą być rozszerzane drogą ustawową na zasadzie „dalszego ciągu” aktu zwolnionego z kontrasygnaty, czy na zasadzie kompetencji analogicznych. Art. 144 ust. 3 Konstytucji jest jednym z kluczowych przepisów kształtujących ustrojową rolę Prezydenta w systemie konstytucyjnym. Określa on zakres uprawnień Prezydenta realizowanych poza systemem kontroli politycznej Sejmu, i w tym względzie Konstytucja nie dopuszcza żadnych odstępstw. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyrażał pogląd, że kompetencje organów nie mogą być wywodzone na zasadzie analogii, lecz zawsze muszą mieć podstawę w wyraźnie sformułowanym przepisie prawa. Zasada ta odnosi się w szczególności do takich kompetencji organu konstytucyjnego, które mają charakter wyjątku od reguły działania tego organu<sup>21</sup>.

Przyjąć więc należy, że powierzenie przez Prezydenta asesorom obowiązków sędziowskich wiązałoby się z obowiązkiem uzyskania kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 144 ust. 2 Konstytucji (co ma miejsce chociażby w przypadku asesorów sądowych pełniących swoje funkcje w wojewódzkich sądach administracyjnych), co z kolei w znacznie większym stopniu powodowałoby instytucjonalne powiązanie asesorów sądowych z centralnym organem administracji rządowej, jakim jest Prezes Rady Ministrów. Pomysł ten należy więc ocenić jednoznacznie negatywnie.

Odnosząc się do argumentów KRS – ponownie należy przychylić się do stanowiska, iż tak szczątkowe uregulowanie procedury oceny kandydata na stanowisko asesora jest nieprawidłowe. Jednakże nie sposób zgodzić się z argumentacją, iż tylko pozytywnie sformułowane kompetencje KRS w zakresie procedury mianowania asesorów mogą być oceniane aprobowo; kompetencja negatywna, pozwalająca na zablokowanie mianowania określonej osoby na stanowisko asesorskie, jest z pewnością ważnym narzędziem w jej rękach i nie powinna być deprecjonowana nawet przez sam ten organ. Zauważyć należy również, iż KRS nie uargumentowała w żaden sposób użytego przez nią sformułowania, że obecne przepisy przewidują jedynie „pozór nieodwołalności” asesora – rzeczywistość normatywna tezie tej przeczy.

## Podsumowanie

Niestety stwierdzić należy, iż „spór o asesorów” miał charakter w dużej mierze polityczny i argumenty prawne schodziły w nim na dalszy plan. Za publicystyczne (i jednocześnie obraźliwe) należy uznać pojawiające się w przestrzeni medialnej sformułowania

<sup>21</sup> Wyrok TK z dnia 23 marca 2006 r., K 4/06, OTK-A 2006, Nr 3, poz. 32.

o „asesorach ze stemplem konkretnego ministra sprawiedliwości”<sup>22</sup>, „szkole janczarów, których wpuszczenie do wymiaru sprawiedliwości może okazać się wyjątkowo ryzykowne”<sup>23</sup>, „ciągu technologicznym ministra do produkcji sędziów”<sup>24</sup>, porównywanie asesorów sądowych do sprzedawców hot-dogów na stacji benzynowej<sup>25</sup> czy też stawianie retorycznych pytań i używanie plastycznych bon-motów, *vide*: „skoro to sędzia na próbę, to może wymiar sprawiedliwości też jest na próbę”, „czy chcieliby państwo aby operował państwa lekarz, czy osoba, która zdaje egzamin zawodowy”, „asesor to taki trochę bardziej profesjonalny ławnik”<sup>26</sup> (sic!). Asesorzy sądowi ukończyli aplikację sędziowską i zdali egzamin zawodowy, posiadają więc identyczne kompetencje do sprawowania wymiaru sprawiedliwości jak sędziowie zawodowi.

Ponownie należy podkreślić, iż kształt ustrojowy „nowej asesury” w pełni respektuje wskazania zawarte w kluczowym dla omawianej problematyki orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06. Nie sposób również uznać za przekonującą argumentacji opartej wyłącznie na językowej wykładni art. 45 i art. 178 Konstytucji, gdyż nie uwzględnia ona specyfiki norm konstytucyjnych (prymatu wykładni funkcjonalnej i systemowej) i konieczności stosowania modelu wykładni dynamicznej. Zaprojektowany przez ustawodawcę kształt ustrojowy asesury również nie stoi w sprzeczności z aksjologią konstytucyjnego prawa do sądu i jego gwarancją.

Rzecz jasna ocena zaproponowanych przez ustawodawcę rozwiązań będzie możliwa dopiero po kilku latach, gdy praktyka codziennego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości zweryfikuje kompetencje orzecznicze asesorów sądowych. Na ten moment nie sposób pozbyć się wrażenia, iż obawy w tej mierze i wyrażane negatywne oceny mają podłoże polityczne.

\* \* \*

### **Return of Judicial Assessors – Considerations in the Context of Axiological Determinants of the Right to Court and Interpretation of Constitutional Norms**

The issues of the so-called „dispute about assessors” has an extremely emotional, political background; everybody knows the circumstances of the case, because at the turn of October and November 2017 it was a very important media issue in relations between constitutional authorities of the state. However, in the public space, the political-verbal sphere was dominant. Therefore, it is necessary to analyze the abovementioned issues from the point of view of purely legal assumptions. It should start with the outline of the systemic judicial decision – regulations resulting from the key to the functioning of the justice system, namely

<sup>22</sup> <https://wiadomosci.wp.pl/9-lat-nauki-dziesiatki-egzaminow-i-koniec-marzen-mlodzi-asesorzy-ofiarami-walki-sedziow-i-ziobry-6182761296984194a>, 19.04.2018.

<sup>23</sup> <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/rzecznicz-krs-komentuje-slowa-zbigniewa-ziobry-dotyczace-asesorow/x8d0eth>, 19.04.2018.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/1800>, 19.04.2018.

<sup>26</sup> Wszystkie z nich zostały użyte w trakcie V Forum Karnistycznego w Krakowie.

the law on the system of common courts and administrative courts. Further, it is necessary to present the main thesis of the judgment of the Constitutional Tribunal of October 24, 2007, Ref. SK 7/06, key for the analyzed issue. At the later stage of considerations, one should refer to doubts regarding constitutionality of the said regulation, considering axiological conditions of the right to court and specificity of interpretation of constitutional norms.

**Key words:** Judicial assessors, the judiciary, interpretation, the Constitution, the Constitutional Tribunal